

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO TRIBUNAL DE CONFLICTOS: LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES

THE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL AS A TRIBUNAL OF CONFLICT: CONSTITUTIONAL CONFLICTS

JAVIER GARCÍA ROCA

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Valladolid. Letrado excedente del Tribunal Constitucional.

SUMÁRIO: 1. Introducción – 2. Veinte años de experiencia en conflictos constitucionales entre entes territoriales u órganos constitucionales: tipos viejos y nuevos y el efecto contaminante del amparo – 3. La singularidad del conflicto constitucional como instituto procesal – 4. Teoría y jurisprudencia en los conflictos positivos entre el Estado y las Comunidades Autónomas: tiempo de reflexión y mudanzas – 5. Los “conflictos de competencia legislativa”: la compleja fusión entre recurso de inconstitucionalidad por motivos competenciales y conflicto entre entes territoriales – 6. Sobre el Estado de tres términos y la dimensión de hermenéutica constitucional que introduce el nuevo conflicto local: temores y círculo de ansiedades – 7. El conflicto entre órganos constitucionales o el tratado de un inútil combate – 8. Bibliografía esencial. Anexo estadístico.

RESUMO: Em um texto denso e articulado, o autor busca demonstrar que a conflitividade na solução de competência entre Estado e as Comunidades Autônomas, embora não sendo prerrogativa do modelo espanhol – é o modelo democrático que se deseja nos Estados Constitucionais. Esta conflitividade é matéria de intensos debates e encontra no Tribunal Constitucional o juiz natural da atribuição de competência dos demais poderes públicos, tanto nos órgãos constitucionais ou de relevância, quanto nas entidades territoriais em que o Estado se organiza. Este tribunal cumpre a essencial função de garantia da moderna organização constitucional, configurando-se uma verdadeira instância jurisdicional de conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Conflitos de competência, Comunidade Autônoma, Territórios, Regionalismo.

ABSTRACT: In a dense and articulate article, the author seeks to demonstrate that conflicts of jurisdiction between the State and Autonomous Communities, although not a prerogative of the Spanish model, are a democratic model that are desirable in Constitutional States. This conflictive nature is the subject of intense debate, and the Constitutional Tribunal is a natural forum for attributing the jurisdiction of the other branches of government both in constitutional and relevant entities and in the territorial

entities in which the State is organized. This tribunal performs the essential function of ensuring modern constitutional organization and constitutes a true jurisdictional trier of conflicts.

KEY WORDS: Conflicts of jurisdiction, Autonomous Community, Territories, Regionalism.

1. Introducción

Veinte años (1978-1998) de intenso desarrollo constitucional son tiempo suficiente para abrir una reflexión de cierto calado que incluya la experiencia adquirida en la aplicación de las normas. El Derecho Constitucional no es sólo un conjunto de reglas y principios, comprende igualmente la experiencia en la vida de las instituciones: es algo más que lógica en la exégesis normativa, es también su historia. Esa reflexión habrá de ser, por imperativos de una obra colectiva, muy escueta en su extensión, circunstancia que me obligará a remitirme a trabajos míos más detallados (una pretensión por la que sinceramente me disculpo) y a sintetizar mucho, con el indudable peligro de simplificar en demasía la riqueza contradictoria de algunos problemas complejos. No obstante, es un riesgo que – creo – merece la pena asumir, si se alcanza a pergeñar una visión panorámica de nuestro modelo de jurisdicción de conflictos y, con ello, logramos ver dónde estamos, ya sea para cerciorarnos de si ese era el paraje constitucional al que pretendíamos llegar, o, cuando menos, para interrogarnos si es realmente el lugar en el que queremos detenernos; cuestiones ambas sobre la que albergo serias dudas.

No es éste un trabajo jurisprudencial, pero, en cuanto estudio jurídico, ha sido construido dando por supuesto el conocimiento de las principales líneas de jurispru-

dencia, cuya reseña sería inabarcable aquí, y con voluntad de conversar con ellas. Es patente que sería, además, imposible toda pretensión de exhaustividad, de suerte que seleccionaré libremente algunos problemas entre los que estimo más relevantes; una elección que reforzará aún más el carácter subjetivo, y reconozco que repleto de juicios de valor, de mi especulación.

2. Veinte años de experiencia en conflictos constitucionales entre entes territoriales u órganos constitucionales: tipos viejos y nuevos y el efecto contaminante del amparo

A) El Cuadro I del Anexo que incorporo recoge los *conflictos constitucionales* entre entes territoriales u órganos constitucionales, regulados en el Título IV de la LOTC, y producidos desde la aprobación de la Constitución en el período 1980-1998;¹ muestra el alto grado de conflictividad que ha tenido el patrón español. El conflicto es connatural a cualquier sistema de descentralización, a la autonomía para la gestión de intereses recíprocos y, en ocasiones, contrapuestos (art. 137 CE). Nada puede reprocharse. Los problemas comienzan si el número de litigios es excesivo.

Me refiero, claro está, a los *conflictos positivos de competencias entre entes territoriales* (artículos 62 y ss LOTC) que constituyen el corazón – y casi la totalidad

del organismo – de los litigios, un 97'35 % (589 sobre 605), si incluimos en el género sus tres especies, es decir, según estén legitimados activa y pasivamente: Estado/ Comunidades Autónomas, Comunidades Autónomas/ Estado, o Comunidades Autónomas/ Comunidades Autónomas. Los últimos casos son muy excepcionales.

El elevado índice de conflictividad nos aleja en este extremo del sólido federalismo cooperativo alemán para acercarnos al confuso regionalismo italiano, por cierto, de clara influencia también en la disciplina legal del procedimiento. Así como, evidencia la presencia de un Estado autonómico muy judicializado cuyos perfiles jurídicos han sido en gran medida de construcción jurisprudencial, entre otras razones, por el fértil caldo de cultivo de conflictos que entraña la indeterminación y el solapamiento de las numerosas reglas constitucionales y estatutarias de distribución de competencias (han llegado a singularizarse alrededor de 275 títulos), y la frecuente presencia de normas estatales, integrativas o interpuestas, en nuestra muy peculiar Constitución abierta o bloque de la constitucionalidad.

Los conflictos en los que han sido actores las Comunidades Autónomas frente al Estado son 2'4 veces superiores en número a los casos en que aquéllas resultan demandadas por éste (412 frente a 171), lo cual hace preguntarse hasta qué punto el conflicto no ha sido una vía colateral de las Comunidades Autónomas para participar de algún modo en la dirección política de Estado, la elaboración de las normas de distribución o de delimitación de competencias, ante la inexistencia de una verdadera segunda Cámara o Senado de representación territorial. Pero, su elevado número durante los primeros años (en cuatro ocasiones, se alcanza o sobrepasa el medio centenar) ha ido decreciendo desde 1990

hasta estabilizarse en una cuantía anual muy razonable (entre una decena o media).

Las posibles razones de esta disminución de la conflictividad son varias y no todas se ubican en una situación que podamos llamar normal:

- el progresivo desarrollo de los muy necesarios sistemas de colaboración y cooperación, dado que las soluciones extrajudiciales, negociales o transaccionales, con frecuencia, ofrecen mayores ventajas que las judicializadas, siempre que la controversia no sea estrictamente jurídica, porque afecte a una dualidad de interpretaciones contrapuestas, sustentadas por las partes, acerca de las normas atributivas de competencias;
- el dato de que la práctica generalidad de los títulos competenciales han recibido ya una interpretación constitucional desde más o menos 1988, y no parece resten reglas de distribución vírgenes o desprovistas de exégesis;
- pero también la circunstancia – que no debe ocultarse en el debate científico – de que el excesivo tiempo invertido en la solución de los asuntos (a veces hasta una década) hace cada vez menos atractiva e interesante esta ruta para los actores, dicho con el máximo respeto a una institución como es el Tribunal Constitucional de cuya laboriosidad y entrega a sus funciones no puede dudarse. Corremos el riesgo de que el conflicto acabe por ser un camino que ya nadie recorra.

Los datos revelan igualmente que el período 1982-1988, tras los Acuerdos Autonómicos de 1981 y la aprobación en 1982-1983 de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas de segun-

do grado, una fase que podríamos llamar emergente o de erección del Estado autonómico –, albergó una litigiosidad extrema tanto a instancias del Estado como de las Comunidades Autónomas.

El Estado, en cambio, después de 1989, ha planteado un escasísimo número de conflictos positivos (dos por año, uno o ninguno), aunque se observa un pequeño repunte en 1998 (sube hasta tres) que es pronto para saber si indica una tendencia al alza o carece de importancia, como parece probable.

El Cuadro III, referido a la litigiosidad territorial en virtud del número de conflictos positivos interpuestos por las Comunidades Autónomas, pone de manifiesto que sólo con tres de ellas (Cataluña, País Vasco, Galicia), y son precisamente las tres nacionalidades históricas con lenguas propias, el Estado ha sostenido como actor o demandado el 83'19 % de los conflictos (485 de un total de 583) acaecidos de 1980 a 1998. Un dato aún más revelador si se cae en la cuenta de que el Gobierno del País Vasco, todavía hoy el segundo en el *ranking* de demandas presentadas, decidió no volver a acudir al Tribunal en virtud de un muy crítico y discutible entendimiento político, descontento con los frutos jurídicos que cosechaba, y, de hecho, no ha utilizado la vía después de 1990. Este grupo de Comunidades con una mayor litigiosidad refleja una asimetría jurídica respecto del resto en sus vínculos y relaciones con el Estado: otro rasgo de diferenciación entre entidades territoriales propio de nuestro heterogéneo o desequilibrado sistema de descentralización.

Volviendo al Cuadro I, los conflictos positivos entre Comunidades Autónomas han sido exiguos (seis), aunque atañen en ocasiones a controversias no exentas de cierta relevancia política para las entidades

afectadas. Ha habido tres entre Navarra y el País Vasco (ATC 55/1981, STC 94/1985 y ATC 726/1986, todos sobre el caso de las cadenas del escudo de Navarra), uno entre Cantabria y el País Vasco (STC 110/1995, Villaverde de Trucíos), y uno entre Castilla y León y Cantabria (STC 132/1996, proyecto de construcción de una carretera de Reinosa a Potes); y está pendiente de Sentencia otro entre Asturias y Galicia registrado en 1994. Curiosamente, en lo que llevamos de 1999, se han producido ya dos conflictos entre Comunidades Autónomas.

El Cuadro II refleja un dato muy preocupante: en 1994, restaban 75 conflictos positivos pendientes de resolver, 4 de ellos presentados en 1986, es decir, hacía 8 años. Un lapso demasiado largo de tiempo para el enjuiciamiento de una demanda, aunque las dilaciones sean estructurales a la jurisdicción constitucional y no directamente imputables a la ausencia de actividad del Tribunal sino a la irresistible ascensión del recurso de amparo. Los datos que poseo – los editados – no están actualizados desde 1994 indicando los años de registro de los asuntos pendientes, pero es patente que la tendencia de hace un lustro, ya entonces inquietante, no ha mejorado sino que continúa empeorando. Según las estadísticas del año 1998, todavía quedaban 53 conflictos positivos por resolver, pese a la escasa litigiosidad sobrevenida. Alrededor de diez años para enjuiciar un conflicto constitucional, aunque no sea así siempre ni siquiera constituya la regla general, es un plazo absolutamente inaceptable y no sería honesto apartar estas estructurales dilaciones indebidas del objeto de las cavilaciones de todos y no sólo del propio Tribunal. Algo debe cambiarse, no es lícito continuar acrecentando la tendencia a la demora con la inercia connatural a cualquier organización. El Tribunal Constitucional ha conse-

guido en dos décadas las dilaciones que algunas Salas del Tribunal Supremo en un siglo.

B) En efecto, no puede continuar cerrándose los ojos a la realidad desde un supuesto sacrificio garantista. Por el contrario, es menester subrayar el elevado coste de ese lujo jurídico que es el amparo constitucional frente a resoluciones judiciales y administrativas: una sobreprotección, subsidiaria al natural amparo ordinario ante Jueces y Tribunales, y, en los casos dotados de mayor contenido objetivo, perfectamente accionable en vía de cuestión de inconstitucionalidad frente a ley. El precio se paga, – como vemos – sobre todo, fuera del propio amparo: en la distorsión de los demás procedimientos y funciones esenciales, históricamente consolidadas, de la justicia constitucional. Baste con recordar que el amparo ha supuesto el 94'5% de los asuntos ingresados hasta 1994, desde esta perspectiva estadística, y falsamente realista, sólo tendría sentido hablar del Tribunal Constitucional como Tribunal de amparo. Por el contrario, la vida de la institución demuestra, día a día con superior intensidad, que la reparación de unas pocas lesiones de derechos subjetivos, tras rastrear entre millares de casos, obstaculiza – si no acaba por impedir – ejercer en tiempo y forma otras labores objetivas, estas sí, indefectibles como son el control de normas y la solución de conflictos. Al cabo, la custodia de las diversas separaciones de poderes contemporáneas.

Y sólo un ingenuo creería que la solución pasa por poner más Sentencias de amparo y con mayor rapidez, una especie de justicia por avalancha que rompería la posibilidad de cualquier función hermenéutica, que es precisamente la razón de ser de la jurisdicción constitucional. Esto es algo que, además, ya se intentó durante un

breve y acelerado período y, lógicamente, no funcionó.

Del mismo modo, incidir sobre el procedimiento o las causas de inadmisión (recuérdese la esperanzada reforma del art. 50 LOTC en 1988 cuyas expectativas están hoy definitivamente frustradas), o facultar a las Secciones del Tribunal para discrecionalmente admitir o seleccionar lo importante (la filosofía de la nueva propuesta de reforma), invirtiendo mal un tiempo preciado de estudio en bucear entre millares de pequeños pleitos anuales (5441 amparos en 1998), son medidas sanatorias que recuerdan la imagen de quien bienintencionadamente da un vaso más grande a quien pretende vaciar un océano.

Me temo que veinte años de amparo constitucional nos hagan creer insustituible lo que sólo fue una opción procesal muy discutible – y, de hecho, discutida entre los constituyentes –, y que los árboles no nos dejen ver el bosque. No sé si esa decisión del constituyente y del legislador sigue siendo acertada para el nuevo siglo. Pero no creo que pueda defenderse seriamente su supervivencia sin serias amputaciones. El problema no es otro que la suma de la legitimación individual de millones de justiciables, titulares de derechos, con millones de pleitos ordinarios y resoluciones administrativas, el número de los cuales crece cada año. La jurisdicción constitucional no fue jamás diseñada por sus teóricos en el período de entre guerras para invadir o suplantar las labores de centenares de órganos judiciales ordinarios, tutelando derechos en amparo, sino justamente para todo lo contrario. Deberíamos sustentar una disputa científica sobre todo esto, claro está, libre de prejuicios e inercias, y desde luego fuera del Tribunal Constitucional y de sus miembros, para no imputar a la institución – ésta sí indefectible – los más

que probables yerros en el razonamiento.

Algunos de los términos de ese debate deberían ser:

- la mejora de los muy diversos amparos judiciales u ordinarios, aprovechando la experiencia adquirida en los distintos órdenes de la jurisdicción ordinaria;
- la modificación de la cuestión de inconstitucionalidad para que las partes que solicitan el planteamiento y ven rechazada su pretensión reciban una adecuada y suficientemente motivada respuesta en un Auto e, incluso, puedan discutirla; y, si la cuestión se eleva, puedan comparecer en el proceso constitucional en ciertos casos;
- y, afianzados esos dos pivotes, la posibilidad de la supresión del amparo constitucional contra resoluciones judiciales y administrativas, un recurso extraordinario, normalmente, tras dos o tres instancias judiciales, y en modo alguno indefectible por su naturaleza, o cuando menos, su seria amputación, si se quiere que el resto del cuerpo que es la justicia constitucional sobreviva.

C) Los *conflictos negativos entre el Estado y las Comunidades Autónomas promovidos por los interesados o por el Gobierno*, al contrario, son raras piezas de museo o controversias de laboratorio.

No ha habido hasta 1998 un sólo litigio suscitado por el *Gobierno de la Nación* frente a la inactividad o dejación de las competencias autonómicas por parte de sus respectivos ejecutivos (art. 71.1 LOTC). No obstante, he sostenido (García Roca 1993) que la herramienta puede tener algún interés doctrinal por si el caso llegara en que no hubiere otro remedio para el Gobierno que usar este residual procedimiento de

control sobre la indebida omisión de los actos autonómicos, antes que iniciar el brusco y dramático control sobre los órganos que es la llamada intervención federal, dispuesta en el art. 155 CE. Pero la experiencia corrobora, cada vez más de tiempo en tiempo, que los supuestos de hecho que pudieran encajar en ese procedimiento, de venir, serán insólitos.

Únicamente se han producido 12 conflictos negativos a instancias de los *interesados*, personas físicas o jurídicas, que, además, han desembocado en decisiones judiciales de inadmisión (AATC 142/1989, 322/1989, 357/1990...) o de falta de jurisdicción (SSTC 156/1990, 37/1992...) en aplicación del art. 4.2 LOTC, en ambos casos ante la falta de los requisitos procesales, legal y jurisprudencialmente exigibles para tener por bien planteado el conflicto. Son, pues, unos conflictos, amén de doctrinalmente discutibles, procesalmente casi imposibles.

No obstante, desde el punto de vista dogmático, la regulación legal de estos litigios ex art. 68 LOTC suscita una interesante cuestión doctrinal que ya planteé años atrás (García Roca 1993). La misma naturaleza de un conflicto constitucional como categoría jurídica – estimo – reclama la cuádruple identidad de unos sujetos, un objeto, una pretensión y una interpretación igualmente constitucionales. Los sujetos no pueden ser, por definición, personas privadas, ya sean físicas o jurídicas, sino entidades públicas de base territorial u órganos del Estado. Y otro tanto ocurre respecto del objeto, pues la Sentencia que pone fin al pleito dilucida, mediante una interpretación constitucional, cuál de las Administraciones territoriales implicadas ostenta la competencia respecto de la concreta pretensión deducida por el interesado y cuya satisfacción fue en sendas ocasiones declinada.

Para intentar preservar la adecuación de la disciplina legal del procedimiento a la categoría jurídica, afirmé entonces que acaso podía distinguirse entre los “sujetos sustanciales” del conflicto, que no pueden ser otros que los entes territoriales titulares de las competencias afectadas; y quienes son únicamente “sujetos procesales”, es decir, los interesados a los que la Ley reconoce legitimación activa para iniciar el pleito. No en balde, los interesados presentan una “solicitud de planteamiento de conflicto” (art. 69 apartado 1.º) y, una vez efectuado un complicado juicio acerca de los requisitos conflictuales, es el propio Tribunal el que declara por Auto “planteado el conflicto” (apartado 2.º del mismo art. 69), evidentemente, entre partes que son entes públicos.

Frente a esta exégesis, quizá algo forzada pero que intenta salvar las contradicciones de la Ley, no falta quien ha ido todavía más allá en su crítica a la regulación legal (Parada y Del Saz). Estos autores reprochan agudamente a mi argumentación correctora que la decisión del Tribunal sobre la admisión del conflicto negativo no es discrecional sino reglada, debiendo el asunto ser admitido cuando concurren los elementos que determinan su jurisdicción. Mas este razonamiento obstativo no me parece insalvable. La solicitud diríase que tiene el valor de denuncia de la inactividad competencial, a causa de las diferentes interpretaciones constitucionales entre ambas Administraciones implicadas, y, en consecuencia, virtualidad de impulso procesal, dado el legítimo interés del Administrado en que el conflicto se solucione; pero no se confunde con la pretensión de reclamar unas potestades de las que lógicamente el interesado carece. Algo parecido a una disociación conceptual entre legitimación – procesal – para el ejercicio de la acción y

titularidad – de naturaleza sustantiva – de la competencia controvertida. Una situación de la que hay frecuentes muestras en el amparo de derechos fundamentales, salvando las distancias.

D) Una injustificable omisión, que ya he denunciado en varias oportunidades (García Roca 1993 y 1998A) y debería ser solventada cuanto antes por el legislador, radica en la inexistencia de *conflictos negativos a instancias de las Comunidades Autónomas* y fundados en la inactividad o las omisiones del Estado. Una desigualdad de armas en los procesos, respecto de la situación activa del Gobierno de la Nación, desprovista de justificación jurídica alguna; y que parece deberse a un residuo: los iniciales temores a la actuación autonómica por viejas razones históricas derivadas de un secular centralismo. Esta discriminación en el tratamiento procesal responde a una lógica fundada en la exclusiva atribución de la defensa del interés general del ordenamiento al Estado aparato, excluyendo a las Comunidades Autónomas. Hoy la imprevisión legal redundará en una merma de las garantías de las reglas constitucionales y estatutarias de deslinde de competencias y, al cabo, de una separación territorial del poder constitucionalmente más adecuada.

El vacío no tiene simple transcendencia académica, puesto que realmente produce situaciones materiales de indefensión de las Comunidades Autónomas. Así, a lo largo de los años 1985 y 1986, la Junta de Galicia promovió distintos conflictos contra la omisión indebida de la aprobación por el Gobierno de varios decretos de traspasos. En las SSTC 155, 178, 179, 193 y 201/1990 el Tribunal sostuvo – con prudente criterio – que estas controversias no tenían encaje en el conflicto positivo diseñado en la Ley (en contra, Punset). Es el legislador quien debe reparar su primigenia y delibe-

rada exclusión sin que el Tribunal Constitucional pueda sustituir esa decisión.

Por mencionar otro ejemplo, en la actualidad, la regulación procesal obstaculiza el enjuiciamiento en sede constitucional de un litigio de conocida trascendencia y relevancia públicas en Castilla La Mancha: el caso de Sodicaman. Una SODI o sociedad de desarrollo industrial de la región, curiosamente todavía de titularidad estatal, pese a que parece venir desprovista de cobertura competencial alguna y estar claramente ubicada en la esfera del interés regional y del autogobierno de la Comunidad Autónoma. La anómala situación procede de una normativa de origen preconstitucional que atribuía facultades al INI. Esa sociedad, hoy heredada dentro del Estado por la llamada SEPI, primero no fue transferida en su día junto a otros medios materiales en materia de industria, y, luego, no se ha vendido todavía a la Junta, – un peculiar proceso de privatización de los traspasos – y a diferencia de lo acaecido con sociedades estatales análogas en otras Comunidades Autónomas.

E) *Los conflictos entre órganos constitucionales*, que están regulados en el Capítulo II del Título IV, artículos 73 ss. LOTC, a la luz de las estadísticas (Cuadro I), continúan siendo el tratado de un inútil combate del que ya advertí hace doce años (García Roca 1987). En su actual configuración legal, es un camino procesal demasiado angosto. Sobre todo por el reducido círculo de sujetos legitimados, una discusión en la cumbre, entre órganos constitucionales supremos, que aleja a diversos sujetos posibles, órganos estatales o fracciones de órganos de distinta naturaleza, pero igualmente titulares de atribuciones. Y también por el entendimiento restringido del objeto: que *lege data* parece excluir la impugnación de las leyes.

Ha habido únicamente tres conflictos promovidos por el Consejo General del Poder Judicial frente a las Cámaras en 1985 y relativos a la modificación por ley de la forma de elección de ese órgano y a la potestad reglamentaria para regular el estatuto de Jueces y Magistrados, que fueron acumulados y resueltos por la STC 45/1986. Y sólo hay uno pendiente de Sentencia, registrado en 1995, entre el Gobierno y el Senado sobre el Acuerdo de la Mesa de la Cámara que denegaba la tramitación por procedimiento de urgencia a petición del Gobierno y respecto de un proyecto de ley de despenalización del aborto. Volveré después sobre este proceso.

F) Por si la extendida confusión permANECIERA aún, las *Impugnaciones del Título V LOTC* (artículos 76 y 77) no constituyen conflictos constitucionales. Se trata ciertamente de una impugnación de normas de rango reglamentario, y en ello se asemejan a los conflictos positivos y se diferencian de los recursos de inconstitucionalidad. Pero la acción debe estar fundada en motivos distintos a los competenciales, que son de los que únicamente se ocupan los conflictos entre entes, si bien, claro está, constitutivos de vicios de inconstitucionalidad y no de mera legalidad (así se explica en las SSTC 54/1982, 16/1984, 64/1990, 66/1991...). No es, pues, casual sino técnicamente muy acertada su ubicación fuera del Título IV.

La confusión acaso provenga de que no son insólitos los supuestos en los que, en la demanda, se promueven a la vez ambas acciones conjuntamente, es decir, se plantea por el actor un conflicto y, subsidiariamente, una impugnación de la misma disposición por motivos de inconstitucionalidad distintos a los competenciales. Este tipo de acciones mixtas es posible pero no necesario.

Son en todo caso un tipo de impugnaciones muy excepcionales (ha habido 8 casos de 1980 a 1998 y hace años que no se produce alguno). El Gobierno de la Nación puede – y yo diría que debe – acudir normalmente a la jurisdicción contencioso administrativa para el control de los reglamentos, aduciendo vicios de cualquier clase tanto de legalidad como de constitucionalidad, pero distintos a los competenciales. La suspensión automática del art. 77 LOTC es, no obstante, una importante prerrogativa gubernamental que ayuda a comprender la existencia de esta excepcional vía.

G) Especial interés político y procesal, tanto para las teorías de la justicia constitucional como para las ideologías del municipalismo y del federalismo español, tienen las controversias jurídicas, suscitadas a instancias de las entidades locales, frente a leyes cuyos elementos en su día caractericé doctrinalmente (García Roca 1997) como un tipo nuevo de conflicto: el “*conflicto local*”; y que ahora van a encontrar finalmente acceso directo ante el Tribunal Constitucional mediante un procedimiento inevitablemente alambicado o indirecto para no incurrir en un rodeo o fraude a la Constitución. Está a punto de aprobarse, se encuentra en trámite de discusión en el Senado, una modificación del Título IV de la LOTC, añadiendo un nuevo Capítulo IV denominado “De los conflictos en defensa de la autonomía local”. Por su importancia, le dedicaré más adelante atención específica.

H) *El expediente de transformación procesal dispuesto en el art. 67 LOTC* supone que algunos conflictos son tramitados como recursos, y, en consecuencia, permite un debate competencial relativamente sin limitaciones de plazo. Algo similar, pero no igual, a como ocurre con la cuestión de inconstitucionalidad.

Recuérdese que, cuando la competencia controvertida hubiere sido atribuida por una norma con rango de ley, el art. 67 LOTC manda que el conflicto se tramite desde el inicio, o desde que se invoque la existencia de la norma legal habilitante, en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad. El proceso se convierte en otro, dando lugar a la comparecencia de las Cámaras y permitiendo a la par un pronunciamiento de nulidad de una ley; por eso, cabe hablar, en palabras del propio Tribunal, de “expediente de transformación procesal” (STC 80/1988, F.J.2.º). Se aplica este mecanismo, pues, para dar respuesta a la incompetencia de una ley, como problema surgido incidentalmente y de forma previa al enjuiciamiento de la disposición de rango inferior, que da lugar al conflicto, en virtud de venir viciada de incompetencia por aquella.

Desde esta perspectiva, en buena lógica, el art. 67 LOTC acaba inevitablemente siendo un cauce de control concreto e indirecto de leyes inconstitucionales: un incidente de constitucionalidad, así se reconoce expresamente en la STC 39/1982, F.J.3.º (ver García Roca 1993 y 1997).

En fechas recientes, sin embargo la jurisprudencia, parece haber interpretado las cosas de manera más restrictiva sin ofrecer muchas razones. La STC 13/1998 (F.J.2.º) establece que un conflicto no es un recurso de inconstitucionalidad indirecto, “confundiendo los ámbitos de estos dos procesos constitucionales”. Pero, no creo se den argumentaciones bastantes para justificar una afirmación tan taxativa e improcedente. Y, de hecho, un razonado Voto Particular discrepa, aseverando que debió revisarse la calificación como normas básicas, efectuada en un previo decreto legislativo, de ciertos preceptos que el decreto estatal impugnado, y dictado en

desarrollo o ejecución de aquél, simplemente reproducía. La solución contraria, seguida por la mayoría, entraña el riesgo de perpetrar una transgresión de la Constitución: la irregularidad denunciada por el ente público actor. El debate competencial en el conflicto era indisociable de la calificación legal de las bases.

A mi entender, el destacado interés público en la salvaguardia de las reglas constitucionales de deslinde no autoriza a restringir los vicios deducibles donde la Ley rituaría no lo hace. Debe, asimismo, recordarse que las competencias constitucionales son indisponibles y que el vicio de incompetencia territorial, como regla general, suele generar la nulidad de la norma; conviene releer la inicial STC 39/1982, F.J. 3.º, por la contundencia con que se expresa respecto del problema de los plazos y del supuesto consentimiento de los actos no recurridos.

Pero, sobre todo, “conflictos frente a reglamentos” y “conflictos frente a leyes” en virtud de recursos – lo que llamo “conflictos de competencia legislativa” – no son cosas en esencia distintas; todo lo contrario a lo que en la Sentencia discutida tajantemente se dice. La frecuente acumulación en un mismo proceso de las dos acciones por el propio Tribunal es un tácito reconocimiento de esa equivalencia. El rango formal de la norma no alcanza a alterar la naturaleza esencialmente idéntica del fenómeno jurídico. De mantenerse la nueva jurisprudencia, que se presenta – de forma muy problemática – cómo insertada en la vieja, debería reforzarse su fundamentación con razones más persuasivas.

3. La singularidad del conflicto constitucional como instituto procesal

Es patente que el término “conflicto” es equívoco, pues posee distintas acepciones

y aún no se encuentra plenamente definido. Así como la *Vergassungsgerichtsbarkeit* se identifica por el monopolio de declaración de inconstitucionalidad de la ley, el Tribunal de Conflictos, en cambio, no tiene idéntico monopolio para la solución de toda clase de controversias competenciales. Deben existir vías negociales y extrajudiciales, fundadas en la autocomposición, la cooperación y la transacción entre los sujetos. Un compromiso que puede ser alcanzado directamente entre las Administraciones implicadas o, indirectamente, a través de órganos mixtos o de representación conjunta, ya sean bilaterales o multilaterales; pero también en sede parlamentaria, especialmente en un Senado, pensado como cámara de interconexión de políticas territoriales.

En un Estado constitucional, el conflicto en cuanto disputa entre entidades públicas no puede jamás ser un enfrentamiento completo, desprovisto de limitaciones y reglas; está compuesto de tres ingredientes: unos intereses ciertamente contrapuestos (“conflicto”), pero que vienen modulados por unas referencias culturales comunes que están consagradas en el pacto constitucional (“consenso”), y dotados de algunos límites, entre los que está el Derecho como instrumento para la pacificación del conflicto (“compromiso”).

Me limitaré a destacar la especificidad del conflicto como instituto procesal, dotado de perfiles propios, y a través del cual el Tribunal desempeña una función esencial o definitoria de la justicia constitucional: la solución arbitral de controversias entre entidades territoriales u órganos constitucionales. Unos litigios normalmente derivados de una distinta interpretación de las reglas de la organización constitucional (“conflictos de exégesis”), pero también de la necesidad de seleccionar una de ellas

entre varias en aparente colisión y de aplicarla al caso (lo que García Torres llama “conflictos de verificación”).

He intentado en otro lugar construir un concepto de “conflicto”, pensando sobre los conflictos entre entes territoriales (Vid García Roca 1998 A), que son los únicos de los que atesoramos experiencias y suscitan realmente litigios en nuestro ordenamiento; sintetizaré lo que allí expuse. En cuanto acción procesal, no es un amparo, una queja constitucional o recurso extraordinario dirigido a reparar concretas lesiones de derechos fundamentales y a restablecer en la integridad de su situación jurídica subjetiva a determinadas personas o ciudadanos. Tampoco es, en sentido estricto, un cauce impugnatorio de disposiciones, como el recurso de inconstitucionalidad o la cuestión, exclusivamente encaminados a efectuar un control de la constitucionalidad de las normas bien en vía directa y abstracta o bien indirecta y concreta e incidental. Es cierto que existen algunas evidentes semejanzas entre la solución de conflictos y la función de control normativo, pues la discusión competencial, que es el verdadero objeto conflictual, como regla general, reclama como presupuesto o requisito procesal la impugnación de una norma. Pero hay significativas excepciones. Conviene diferenciar conceptualmente estos tres procesos y funciones, puesto que no pueden trasplantarse, mecánicamente y sin mayores reflexiones, soluciones procedentes de uno de esos contextos – esencialmente distintos – a otro, sin producir el riesgo de un rechazo del implante por sus propiedades extrañas a la del organismo receptor. Algo que – observo – no es raro ocurra.

Lo que da naturaleza constitucional a un conflicto es la concurrencia de una serie de elementos: unos *sujetos*, un *objeto*, una

interpretación y una *pretensión* igualmente *constitucionales*. En efecto, son sujetos públicos, creados, y dotados de competencias por la Constitución, ya sean normalmente entes territoriales en los que nuestro Estado ordenamiento de tres términos se descentraliza y organiza (Estado aparato, Comunidades Autónomas y entidades locales), o, excepcional y residualmente, órganos constitucionales.

La inaplazable existencia de una norma constitucional atributiva de una esfera de poder, plasmada en unas competencias o atribuciones, no debe confundirse con las llamadas listas de competencias, que sólo son una técnica, de entre las posibles, al servicio de dicha misión (un error extendido en el debate respecto del conflicto local). No menos extravagante sería pretender, en una Constitución abierta como la nuestra, tan elástica como para diseñar un bloque de la constitucionalidad, que la delimitación competencial se agotara en las normas fundamentales (un solipsismo constitucional imposible); existen inevitables remisiones y habilitaciones en cascada a diversas normas integrativas e interpuestas que concretan las reglas de la organización constitucional. La función de un Tribunal de conflictos es precisamente concretar o rellenar de contenido esas disposiciones mediante una interpretación tópica y, según los casos, bien aclaratoria o constructiva de normas.

El objeto principal del debate procesal, de la Sentencia que pone fin al proceso y el único elemento cierto de su parte dispositiva, es la competencia discutida y no el acto impugnado. La tesis jurisprudencial del doble objeto del conflicto (mediato e inmediato, acto y competencia) no creo sea la más adecuada a los distintos tipos de conflictos, ni que sirva para explicar la realidad de numerosas controversias que

obtienen hoy encaje procesal sin poseer una justificación teórica bastante: actuaciones materiales, disposiciones recurridas y desprovistas de vigencia de forma sobrevenida, amenazas reales de lesión de la competencia, situaciones de urgencia, etc. Su prudente carácter ecléctico pudo tener sentido en los primeros momentos, pero no me parece convenga seguir manteniéndola.

Mas el verdadero contenido del conflicto constitucional reside en la interpretación de la Constitución. Es menester que exista una diferencia de interpretación entre los sujetos acerca de las reglas y criterios atributivos de competencias, no debiendo bastar para tener por configurado el conflicto con cualquier controversia de Derecho público. Por eso, – a mi entender – los debates estrictamente fácticos o centrados en el juego de la prueba, deberían ser resueltos por la jurisdicción contencioso administrativa. La jurisprudencia constitucional y las leyes procesales de ambas jurisdicciones deberían reflejar este entendimiento lógico como criterio de separación de sus competencias. No obstante, resulta inevitable pensar que, tras veinte años de jurisprudencia constitucional en la exégesis de reglas, alguna función pacificadora se haya alcanzado ya y subsistan, sobre todo, “conflictos de verificación” antes fundados en la aplicación de una norma que en su exégesis, al igual que ocurre con cualquier orden jurisdiccional ordinario. Esto es una cuestión distinta y nada autoriza a excluir esos “conflictos aplicativos” del conocimiento y las labores de la jurisdicción constitucional.

Del mismo modo y de forma paralela a la substancia de esa actividad jurisdiccional, debe exigirse al actor la presencia en la demanda de una pretensión y causa de pedir de carácter constitucional.

Singularizados estos elementos conflictuales, quisiera subrayar algunos rasgos característicos del conflicto constitucional. Es, en primer lugar, una controversia entre sujetos constitucionales: si la discusión intersubjetiva deja de estar viva el conflicto desaparece. Este *carácter concreto*, necesitado de relevancia para un litigio individualizado, que le da el singular interés de las partes enfrentadas, aproxima el conflicto a la cuestión y al amparo y lo aleja del recurso abstracto. Un rasgo que se mantiene desde los orígenes históricos de los conflictos constitucionales (la *Staatsgerichtsbarkeit*), como discusión entre ciertos sujetos constitucionales, y que concede al litigio una dimensión, en este aspecto, prevalentemente arbitral antes que garantista. Es, pues, precisa una controversia competencial entre las partes, que conserve su actualidad, un debate sobre las genéricas facultades de actuación, pero también un concreto interés procesal plasmado en la discusión de una actividad, disposición o acto. El conflicto no puede promoverse exclusivamente en abstracto, invocando el interés objetivo de la defensa del ordenamiento. En cierta medida, el conflicto es concreto también, desde otra perspectiva diversa y menos importante, procedente del elevado tecnicismo inherente a las regulaciones conexas al ejercicio de las competencias.

Pero, aunque parezca contradictorio con las afirmaciones precedentes – sólo lo es en apariencia –, el conflicto posee también una *dimensión abstracta*, que ha sido mucho más comentada (vid López Guerra 1992) y se refleja en los efectos de las Sentencias: aquella que le concede la norma atributiva de competencia utilizada como parámetro del juicio competencial y que está ubicada en el bloque de la constitucionalidad. Sentada la interpretación de esa “norma-parámetro”, los efectos de la Sentencia, el

pronunciamiento sobre la titularidad de la competencia y la exégesis de dicha regla, sobrepasan con mucho el caso y las partes, para alcanzar una eficacia *erga omnes*. De suerte que la interpretación queda adherida tanto a la norma-parámetro como a la “norma-objeto” del enjuiciamiento y obtiene la vinculación y eficacia que esa doble circunstancia reclama.

El conflicto tiene también una *dimensión* relativamente *atemporal* que le aproxima a la cuestión y le distancia del amparo y del recurso. Sin negar los rigurosos términos legalmente previstos, no existe realmente un plazo perentorio, pues, para continuar la discusión, basta con singularizar e impugnar posteriores actos aplicativos en ejercicio de la misma competencia y disposición discutida. Y no creo deban admitirse – son constitucionalmente inadecuadas – nuevas formulaciones por la jurisprudencia constitucional de la vieja tesis de la jurisdicción contenciosa sobre las disposiciones consentidas que, en algunas ocasiones, indebidamente afloran. Esto permite un constante debate competencial. Una solución muy congruente, puesto que – insistiré – las competencias son irrenunciables e indisponibles hasta para sus propios titulares, al no reflejar sólo los intereses privados de un ente sino el interés general en la división territorial del poder.

4. Teoría y jurisprudencia en los conflictos positivos entre el Estado y las Comunidades Autónomas: tiempo de reflexión y mudanzas.

Hasta 1998, se han dictado 346 Sentencias de Pleno que han resuelto 586 conflictos positivos en sus tres especies. Son muchos pronunciamientos, demasiados, para poder fijar unas pautas para la interpretación constitucional de las reglas com-

petenciales con las deseables dosis de fijeza y claridad para todo sus destinatarios. Constituyen, pues, el centro de los problemas.

¿Valen todavía las *categorías procesales* emanadas por la jurisprudencia constitucional para resolver correctamente estos litigios o algunas podrían haberse quedado obsoletas? ¿Convendría incorporar algunas modificaciones a la vista de las experiencias y de los avances doctrinales? No en balde, nuestro joven Derecho Procesal Constitucional es cada vez más rico en monografías, pese a ser aún bisoño – recién pasada su mayoría de edad –, pero conviene recordar que era inexistente al tiempo de aprobarse la LOTC y, prácticamente, al sentarse las bases de la jurisprudencia.

Haré ciertas propuestas de forma esquemática – algunas de entre las que argumenté con detalle en la ponencia defendida ante la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional en octubre de 1997, publicada en 1998, a la que otra vez me remito –, para suscitar el diálogo académico y agitar cierta inercia jurisprudencial hasta cierto punto inevitable desde la prudencia de cualquier Tribunal. Vayamos de lo más a lo menos.

A) Es preciso, en primer lugar, superar de una vez el extendido mito de que los conflictos entre entes se resuelven poco más o menos que con un arbitraje de equidad o conforme a Derecho natural, tal y como ha llegado a decirse. Las *reglas y criterios materiales de distribución de competencias* decantados con flexibilidad y rigor por el Tribunal Constitucional, de forma tópica y mediante una interpretación constructiva, permiten resolver las controversias con bastantes dosis de seguridad jurídica. La labor de seguimiento específico de esos criterios jurisprudenciales por un equipo científico que coordino y edita

sus crónicas trimestralmente en la revista “Justicia Administrativa” (Lex Nova) me permite considerar suficientemente acreditado este extremo. Ahora bien, es, sin duda, menester depurar un poco más esas pautas judiciales, definir las y sistematizarlas para que acaben por ser verdaderas categorías jurídicas. Pero ese trabajo es función de la doctrina científica que, en ocasiones, reclama de las resoluciones judiciales unos perfiles conceptuales y sistemáticos que resultan imposibles e inadecuados en sede de jurisprudencia.

B) El problema más grave es otro: el *envejecimiento del conflicto*. El excesivo tiempo invertido en la solución del litigio no sólo se traduce en una solución dilatada y tardía es también de algún modo una denegación de justicia, envejece inexorablemente la misma controversia material en la que el proceso consiste y aleja a las partes del mismo. La demanda del actor y las alegaciones del ente demandado, la jurisprudencia que las partes invocan en provecho de sus tesis, sobrepasadas con frecuencia por decisiones sobrevenidas, son elementos que quedan envejecidos, desprovistos de gran parte de su fuerza persuasiva. Las mismas normas impugnadas y sobre las que se traba la discusión competencial muchas veces han sido derogadas o modificadas; o ha aparecido una nueva legislación de referencia que incide en la comprensión del litigio como contexto y las partes desconocieron en sus alegaciones. El debate procesal, en definitiva, al que los fundamentos y el fallo de la Sentencia ponen fin, muchas veces, es “otra película” distinta a la que se ve en las razones que recogen los antecedentes. El proceso deja de ser la verdad formal obtenida tras el debate de las partes con igualdad de armas y contradicción. Esto es muy grave.

¿Qué hacer? Creo debería abrirse siempre, como regla general, un segundo turno

de alegaciones de las partes ex art. 84 LOTC inmediatamente antes de dictar Sentencia (así lo sugerí ya en 1993 y 1998 A), a no ser que el escaso tiempo transcurrido o la constatación de la inexistencia de modificaciones normativas o jurisprudenciales sobrevenidas lo hagan innecesario. Pero qué duda cabe de que esta medicación no curará la grave enfermedad y tan sólo paliará sus efectos. El daño procede, de un lado, del carácter desmesurado – y congénito – del amparo contra resoluciones judiciales y administrativas y, de otro, de la natural escasez del tiempo y los esfuerzos humanos en cualquier organización; y es allí donde debe encontrarse una solución.

C) La inicial singularización del vicio deducible en torno a la vieja idea de *vindicatio potestatis*, y a sus correlatos que son la indebida *invasión y lesión de la competencia*, ya nada aporta y no hace sino complicar las cosas, creo que es una doctrina técnicamente obsoleta. Podría ser sustituida por la idea más moderna, sencilla y técnicamente más correcta de *vicio de incompetencia* y su consecuencia que es la interdicción de cualquier indebida *interferencia competencial*.

La categoría de la *vindicatio potestatis* procede del campo del Derecho procesal clásico, fue usada por la *Corte Costituzionale* y traída a España. Es criticada doctrinalmente aquí y allí desde hace tiempo. Pero el término “invasión” tiene al menos en Italia un apoyo en las normas de la Ley que aquí no posee. En efecto, ni la Constitución ni la LOTC (artículos 62, 63.1, 71.1 y 68.1) emplean una u otra de esas expresiones habituales en la jurisprudencia al disciplinar los conflictos entre entes sino que se refieren a “no respetar el orden constitucional de competencias”, concepto que dista de ser el mismo y abre la puerta a lo que denomino *conflictos de interferen-*

cia. No es, pues, una categoría ni constitucional ni legalmente obligada, ni doctrinalmente precisa.

Tampoco resulta adecuada, a la realidad del fenómeno jurídico, porque no ofrece respuesta a la pluralidad y riqueza de vicios, diferentes al esquema simplista y reduccionista de la invasión y el despojo competencial, que la experiencia de los conflictos evidencia. Son hipótesis reales de conflicto distintas, v.gr., el “desbordamiento” (*straripemento*) y la correlativa minoración o menoscabo (*menomazzione*). O supuestos en que el ejercicio competencial de un ente interfiere o impide el de otro (vid STC 104/1988). Discusiones, en definitiva, sobre el modo de ejercicio de la competencia propia si redundan indebidamente en la ajena, así todos los casos en que debe existir una participación autónoma en un procedimiento estatal. O los supuestos de actuaciones autonómicas dotadas de una discutible extraterritorialidad. O actuaciones realizadas dentro de competencia, pero lesivas del principio constitucional de solidaridad, como límite residual e impreciso de las competencias tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas y en provecho del conjunto del ordenamiento. Y nada autoriza a expulsar del proceso esas u otras indebidas interferencias competenciales ni a excluir donde la Ley no lo hace. La propia jurisprudencia tácitamente admite esto, puesto que, en numerosas ocasiones, al desbordar los hechos el elemental criterio de la *vindicatio*, ha excepcionado la vigencia de la supuesta regla. Eso sí sin atreverse a abandonarla.

La figura del conflicto se ha ido, en suma, dilatando en la práctica respecto del estrecho corsé del esquema originario, y la parte no puede seguir tomándose por el todo. Bastaría con dejar de hablar de

“*vindicatio potestatis*” e “invasión” y culminar sin temores esta transición constitucional silenciosa.

D) Claro está que el vicio de *incompetencia territorial* debería ser estudiado y construido con mayor profundidad por la doctrina científica, auxiliando a la jurisprudencia en sus problemas. Me decanto por un entendimiento amplio del mismo, alejando formalismos enervantes y concebido desde una perspectiva finalista, que permita realmente custodiar las reglas de la organización constitucional. Esbozaré unos tintos.

La competencia territorial de un ente para dictar un acto es un requisito de “validez” del mismo (vid Perez Tremps 1996) y su ausencia debe normalmente redundar en una declaración de nulidad. Pero en los conflictos no siempre es así y, especialmente, cuando hablamos de una norma estatal. Dada la heterogeneidad de las competencias autonómicas y la supletoriedad del Derecho estatal, la competencia puede ser también un requisito de aplicabilidad o “eficacia”: una delimitación del ámbito territorial de la misma.

Por estos motivos y otros la sanción acomodada al vicio de incompetencia territorial no siempre será la nulidad en vez de la inaplicación en sus distintas modalidades: directa pero no supletoria, o directa y supletoria. Por no hablar de la necesidad de modular el propio concepto de nulidad de acuerdo con las peculiaridades de la incompetencia territorial de un ente, situación que no necesariamente conlleva la conveniencia de expulsar inmediatamente la regulación sustantiva, si está viciada sólo de incompetencia, pero no de inidoneidad. Es decir, haciendo proporcional la entidad del defecto y la sanción que merezca en el ordenamiento. De hecho, la reciente y muy plausible STC 195/1998 (declaración de

reserva natural de las Marismas de Santoña y Noja) ha introducido una muy interesante “nulidad diferida” no prevista en la Ley, que conviene sea observada: la Ley estatal viciada de incompetencia dejará de ser válida sólo en el momento en que se dicte una disposición análoga por Cantabria.

El vicio de incompetencia puede ser material, formal o de procedimiento, puesto que ni la Constitución ni la Ley establecen limitaciones. Deben así admitirse como objeto de discusión no sólo discrepancias sobre el alcance de regulaciones sustantivas sino también, por ejemplo, reproches sobre el rango formal de las disposiciones básicas que resultan indisociables del debate competencial (v.gr. STC 203/1993); o los casos en que la intersección de competencias distintas, y de titularidad estatal y autonómica, exigen de la iniciativa de la Comunidad Autónoma o de alguna participación en el procedimiento estatal (v. gr. SSTC 158/1992, 330/1993 y 175/1995 sobre convocatoria y adjudicación de plazas, becas y ayudas).

Una importante exclusión debe sentarse: la fase previa a la demanda, sustanciada en los distintos requerimientos, no es proceso constitucional y las irregularidades en ella producidas no deben ser revisadas para no hacer del Tribunal un árbitro; así debe restar fuera del proceso el incumplimiento de los acuerdos alcanzados entre las partes. Claro está, salvo lógicas excepciones a la regla, como pueden ser defectos en los requerimientos que incidan en los requisitos temporales o formales de las demandas, al venir unos y otros concatenados en su regulación.

Puede haber diferentes *grados de consumación de la lesión competencial* (vid López Guerra 1995), es decir, de interferencia en la competencia ajena, pues la supuesta “lesión” ni siempre llega a pro-

ducirse en el momento de formalizarse la demanda (como suele creerse) ni debe reclamarse en todo caso como requisito procesal. De nuevo, una diferencia con el amparo que dista de ser el paradigma de los procesos constitucionales. En efecto, ahondando en las posiciones de dicho autor, cabe la impugnación y el debate competencial al menos respecto de:

- *disciplinas sustantivas*, una disposición general que introduzca en el ordenamiento una nueva regulación, pretendidamente viciada de incompetencia, pero aún no aplicada;
- *normas atributivas de competencia a órganos internos*, en buena lógica, normalmente, todavía no ejercidas tampoco al tiempo de impugnarlas;
- *actos administrativos singulares*, realmente, lesivos de competencias, estos sí, y donde la reparación de la situación jurídica del actor suele requerir de su anulación;
- *actuaciones materiales*, actividades invasoras de competencias, difícilmente plasmables en actos jurídicos o *preparatorias* de los mismos, como pueden haber sido: la construcción de una carretera, el análisis de potabilidad de unas aguas, un escrito de convocatoria de unas elecciones sindicales, la interceptación de unos alimentos en mal estado con riesgo para la salud pública, etc. Unos supuestos de hecho todos ellos ya enjuiciados en conflictos.

E) Esta última consideración, la no exigibilidad de una efectiva “lesión competencial”, como requisito *sine qua non* para la admisión de la demanda, me lleva a plantearme si, en verdad, no podrían

suscitarse y admitirse *conflictos preventivos, virtuales, cautelares o hipotéticos* como dice la jurisprudencia. ¿Es esta posición, doctrinalmente irrefutable? Me temo que no. ¿No debería bastar con la grave, real e inminente amenaza de lesión de las competencias de un ente público? ¿Por qué esperar a que la lesión se produzca? El ordenamiento debe tutelar el interés general en preservar las reglas competenciales antes de que se distorsionen, e impedir la lesión – cuando sea posible – del legítimo interés de aquellos terceros que crearon situaciones de hecho y de Derecho al amparo de la regularidad de las disposiciones controvertidas, o, mejor, de su apariencia de regularidad.

El conflicto, de nuevo, ni es control normativo ni amparo de derechos. Las imprescindibles garantías procesales, conexas a la seriedad en el planteamiento de las demandas, podrían satisfacerse mediante el rechazo de meros *disensos* todavía internos a una o a ambas partes; bastaría con reclamar bien un concreto ejercicio competencial bien una inequívoca y real amenaza de interferencia competencial. Desde esta óptica, un *conflicto* puede ser *virtual* en dos sentidos muy distintos: porque tiene “virtualidad” para producir efectos inminentes (v.gr. en la STC 132/1996, era real la inminente construcción de una carretera de Reinosa a Potes, se trataba sólo de un proyecto, pero hubiera sido absurdo esperar al efectivo inicio de las obras, perpetrando serios daños económicos); o como sinónimo de “imaginario” o hipotético, en cuanto únicamente existente en el fuero interno de las partes. Sólo los últimos deberían ser inadmitidos por carecer de virtualidad jurídica.

F) La polémica sobre la llamada *exclusividad o alternatividad de las jurisdicciones constitucional y contencioso admi-*

nistrativa centra casi por completo la mayoría de los esfuerzos doctrinales, de forma un poco desproporcionada respecto de la diversa entidad y pluralidad de los problemas. Ignoro por qué razón, acaso asistimos a algo similar a una moda en conflictos. Es, no obstante, verdad que es éste un asunto clásico en la conformación teórica de la justicia constitucional y del que se ocupó el propio KELSEN en los años veinte, al menos, en dos estudios. Y no son extrañas las declinatorias en ambas jurisdicciones, el asunto es, pues, real. El interrogante es doble: ¿qué jurisdicción debe resolver los conflictos entre Administraciones territoriales, exclusivamente la constitucional, o alternatively la contencioso administrativa?; ¿la opción depende de la libre elección procesal de los entes territoriales actores o debe resolverse con arreglo a vicios y competencias predeterminadas?

La polémica arranca de la sugerente crítica formulada por Rubio, en su estudio sobre el bloque de la constitucionalidad, a la tesis de García de Enterría y Tomás Ramón Fernández sobre la alternatividad de las jurisdicciones, expuesta en su ya clásico Curso, y mantenida – significativamente – sin fisuras ni aditamentos, pese a los reproches, hasta su última edición. Pero la confusión – creo – procede de la misma Constitución. El art. 153.c) CE, al atribuir el control de las disposiciones y actos de las Administraciones autonómicas a la jurisdicción contenciosa, y el art. 161.1.c), al introducir los conflictos constitucionales, son dos preceptos constitucionales situados en una perspectiva hierática, parecen ignorarse el uno a otro (Lorenzo Martín Retortillo 1990) y llevar a resultados contradictorios. Como si tal independencia fuera posible en el marco de una ordenación sistemática. Por su parte, el art. 106 no

establece excepciones expresas al control por los Tribunales de la potestad reglamentaria, aunque carezca de sentido jurídico hacer una lectura literal y aislada del mismo.

De aquí deriva en parte la enmarañada situación procesal que – estimo – reclama todavía, dos décadas más tarde, una intervención del legislador que aclare la indeterminación del constituyente, a la par que de criterios jurisprudenciales, por parte del Tribunal Constitucional, más precisos y dotados de mayor seguridad jurídica.

Resumiré mi posición al respecto, favorable a decantar un principio de competencia diferenciada entre ambas jurisdicciones cuando actúen como actores entes territoriales, con el fin de impedir innecesarios y peligrosos solapamientos (ver García Roca 1998 A).

La LOTC, en 1979, no abordó con suficiente detalle el problema, se limitó a señalar la prejudicialidad y los efectos suspensivos del planteamiento del conflicto constitucional en cualesquiera procesos ordinarios que el art. 61.2 proclama. Una regla empero de indudable importancia y que podría entenderse como favorable a la alternatividad.

Tampoco, claro está, pudo haberlo hecho el legislador en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, algunos parecen olvidar que aprobada en 1956 cuando ni siquiera era predecible cualquier atisbo de descentralización en Comunidades Autónomas. Pese a esta naturaleza preconstitucional, la mayoría de la doctrina administrativista normalmente afrontó la cuestión como si la Ley de 1956 tuviera respuestas para una controversia que la aparición de toda una nueva jurisdicción sobre normas superiores en rango producía: simplemente remarcaron que, en su art. 1, no se establecían excepciones a las

pretensiones deducidas en relación con actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo. Claro está que el vicio de incompetencia territorial tiene en la mayoría de las ocasiones naturaleza constitucional y no administrativa.

La postconstitucional Ley 34/1981, de 5 de octubre, se limitó a señalar apresuradamente la legitimación activa y pasiva de las Administraciones autonómicas para impugnar en el contencioso administrativo las disposiciones estatales que afectasen al ámbito de su autonomía (art. 3), sin establecer mayores matices o excepciones. Se orillaron los aspectos objetivos del problema o, cuando menos, se dieron por supuestos si no por indiscutibles, lo que resulta aún más grave. En definitiva, se actuó sin preservar suficientemente lo dispuesto en el citado art. 161.1.c) de la Constitución y en el Título IV de la LOTC cuyos mandatos debían prevalecer sobre los de la vieja Ley reguladora, por la superioridad de rango de la primera y el carácter de ley especial de la segunda respecto de la disciplina legal de aquélla, genéricamente atinente a cualesquiera vicios de la actividad administrativa.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 tampoco suscitó el asunto en su art. 9, al afrontar el estudio de los distintos órdenes de la jurisdicción ordinaria, probablemente, no era el lugar técnicamente idóneo para hacerlo.

Finalmente, la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998 ha dejado pasar otra vez la ocasión de afrontar el problema, que sigue pendiente de solución. Quizá no hubiera sido ocioso aclarar la controversia bien en el art. 3 entre las cuestiones excepcionadas del conocimiento de ese orden, bien en el Título III al regular el objeto del recurso.

En suma, es el propio legislador en todas estas ocasiones el que ha consagrado la alternatividad. En la medida en que tampoco juega – y sería improcedente introducirla – la subsidiariedad como criterio de relación entre ambas jurisdicciones, al contrario de lo que ocurre entre el amparo ordinario y constitucional de derechos fundamentales, rige la más absoluta confusión de jurisdicciones. Según la disciplina legal, la razón parece estar, pues, con la posición defendida por García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. Pero queda también expuesto que una interpretación constitucionalmente adecuada de los arts. 106, 153. c) y 161.1.c) CE no parece pasar por un entendimiento expansivo del art. 106, que atribuye a los Tribunales el control de la potestad reglamentaria y de la actuación administrativa, tal que vacíe de contenido el resto de esos preceptos constitucionales. Y son las leyes procesales las que deben adecuarse a esta exégesis constitucional y no a la inversa. Esa es la gran virtud de la denuncia formulada por RUBIO, al impugnar la pretendida alternatividad de jurisdicciones. Aunque – a mi juicio – la tesis de la exclusividad resulta excesiva, por desmedida, y no permite solucionar el problema, acaso sea preferible delimitar unos criterios de competencias suficientemente diferenciados que articulen una colaboración entre las dos jurisdicciones; al cabo, es la propia Constitución la que quiso que coexistieran ambas en el control de los reglamentos, pero parece plausible pensar que por motivos diferenciados.

El Tribunal Constitucional tampoco ha hecho sino embarullar las cosas en virtud de sus dudas y cambios de jurisprudencia, pues creo hay dos líneas en paralelo y manifiestamente incompatibles. De un lado, el inicial ATC 886/ 1988, el caso armas

largas, y la posterior STC 88/1989, el célebre y comentado caso Atina que actuó como detonante de la polémica. Y, de otro, las SSTC 67 y 74/1992 referidas a la autorización de centrales hidroeléctricas. En unas y otras resoluciones, se reflejan dos entendimientos y conceptos diferentes del conflicto constitucional. La segunda ruta parece un “vuelco”, insuficientemente motivado, de la jurisprudencia precedente, pero no se presenta como una abrogación expresa de la misma. De manera que no es fácil saber a qué atenerse. De aquí surge una grave inseguridad tanto para los Tribunales contenciosos que se interroguen sobre el alcance de su competencia y jurisdicción para enjuiciar el vicio de incompetencia de los reglamentos como para las entidades territoriales que actúen como actores de los diversos procedimientos: recurso contencioso o conflicto positivo. Una situación que el Tribunal Constitucional debería solventar cuanto antes con pautas hermenéuticas más precisas, para impedir el riesgo de declinatorias de jurisdicción. Pero que no acaba de resolverse, pese al largo tiempo transcurrido. Es menester volver a denunciarlo.

De optarse por consolidar la segunda línea de jurisprudencia, conviene poner de manifiesto que se estaría precisando el objeto de los conflictos positivos y el mismo concepto de conflicto constitucional de manera radicalmente distinta a la seguida en los conflictos negativos a instancias de los interesados (AATC 142/ 1989, 322/1989, 357/1990, 268/1994, y 303/1994 y SSTC 156/1990, 37/1992, 300/ 1993, etc), lo que carecería de sentido jurídico – de verdadera coherencia interna y dogmática – y revelaría una contradicción jurisprudencial.

Un botón de muestra de los riesgos de los que advierto se evidencia en el Auto de

3 de mayo de 1997 (Ar. 4336) de la Sección 4.^a de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. El Gobierno Vasco aprobó por decreto el calendario laboral para 1989 en ejercicio de su competencia de ejecución de la legislación laboral, normativa que fue impugnada por el Abogado del Estado aduciendo su extralimitación. La Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, acogiendo las alegaciones del ente demandado, declaró inadmisble el recurso por falta de jurisdicción en 1990. Siete años después de la promoción del recurso, el Tribunal Supremo revocó en apelación el Auto del Tribunal Superior, y declaró la competencia de la jurisdicción contenciosa. La Sección mencionada se apoyó para ello en la STC 88/1989 (el caso ATINA) y argumentó que una cosa era la discusión sobre la titularidad de la competencia y otra distinta “discutir el ejercicio concreto de esa competencia” en relación a unos límites competenciales específicos sobre los que existe acuerdo. Baste con poner de manifiesto las innecesarias y prolongadas dilaciones para las Administraciones implicadas que la confusión de competencias produjo en este asunto. Destacaré también que el Tribunal Supremo acoge la exégesis que mantuvo el caso ATINA de 1989, pero no motiva por qué no sigue, en cambio, el criterio distinto de las dos Sentencias indicadas de 1992 y posteriores en el tiempo (SSTC 67 y 74 / 1992). Con invocación de éstas, podía haberse dictado la decisión contraria.

En 1993 dije que era menester que el Tribunal Constitucional fijara su posición con luminosidad para delimitar negativamente la de los Tribunales contencioso administrativos, pero – vistas las cosas – también es posible, y probablemente conveniente, que sea el legislador quien lo haga (según expuse en 1998 A). Así ocurre en Alemania con los arts 40 a 50 del

Verwaltungsgerichtsordnung (en adelante, VwGo) que se ocupan certeramente del problema – unos preceptos que han sufrido diversas modificaciones, pero no en los criterios que a continuación se expondrán –. La cláusula general del art. 40 VwGO dispone que el proceso contencioso administrativo está abierto a todos los conflictos de Derecho público de naturaleza no constitucional en tanto su solución no se atribuya por ley de forma expresa a otro Tribunal; y, sobre todo, con el art. 50 VwGO, según el cual el *Bundeswervaltungsgericht* decide en primera y única instancia sobre los “conflictos de Derecho público” entre la Federación y los *Ländern* “de naturaleza no constitucional” (Cfr. Barceló).

La naturaleza constitucional del conflicto podría singularizarse de acuerdo con los elementos que se han ido precisando en el estudio. El carácter constitucional de los entes territoriales, como sujetos del conflicto, permite excluir a las personas físicas o jurídicas que, desprovistos de legitimación, inevitablemente deben promover recursos contencioso administrativos cuando aduzcan vicios de competencia y salvo el excepcional supuesto del conflicto negativo. El objeto del conflicto debe versar sobre la esfera de potestades de los sujetos territoriales legitimados, claro está, pero sólo según viene determinada por el orden de competencias establecido en la Constitución y en el resto del bloque de la constitucionalidad. De manera que la pretensión deducida en la demanda y su fundamento y causa de pedir deben estar también basados en una norma de las que integran ese bloque; y, paralelamente, el Tribunal Constitucional vendría obligado a resolver el conflicto mediante una interpretación constitucional de las mismas. Si bien considero que no podrían dejar sin resolverse – nada autoriza a dictar esa decisión

que no es discrecional del Tribunal – pretensiones cuya solución configurara lo que se han llamado “conflictos de verificación” o de mera aplicación de exégesis previas, de acuerdo con lo expuesto en páginas anteriores.

En consecuencia, la jurisdicción contencioso administrativa debería resolver – y la Ley procesal delimitar de este modo su competencia – en virtud de recursos contenciosos sólo los “conflictos de competencia administrativos”, entendiendo por tales los que no procedan de los sujetos constitucionales legitimados para el conflicto constitucional y aquéllos en los que, aunque así sea, ni el objeto ni la pretensión deriven de un vicio de incompetencia territorial fundado en reglas o principios que se encuentren en una norma del bloque de la constitucionalidad.

Una opción, constitucionalmente adecuada, por un sistema de competencia diferenciada entre ambas jurisdicciones, puesto que no creo sea inevitable la disyuntiva entre exclusividad y alternatividad. Mi posición no es, pues, favorable a la exclusividad ni a perpetrar la actual y arriesgada situación de absoluta confusión de jurisdicciones.

Para aclarar mi propuesta, intentaré, a la luz de los referidos criterios teóricos, concretar algunos supuestos de hecho en los que no me parece exista un objeto propio de un conflicto de naturaleza constitucional y que, en consecuencia, deberían ser resueltos a través de recursos contencioso administrativos:

a) Cuando se trate de una *cuestión fáctica* y abierta a la prueba, y, por ello, inidónea para ser discutida en un proceso constitucional, conexo a la exégesis de normas y no a una actividad probatoria contradictoria de las partes, como puede v.gr. ocurrir con la identificación del domicilio de una

sociedad como punto de conexión territorial de la competencia de un ente, o con la medida de la potencia de una central hidroeléctrica a efectos de su autorización (ver los hechos de las SSTC 67 y 74/1992).

b) O porque, pese a la apariencia de conflicto, *no exista un “vicio de incompetencia territorial*, sin que quepa restringir el objeto exclusivamente a la *vindicatio potestatis*. Tal y como v.gr. acontece con irregularidades más próximas a las ideas de “arbitrariedad” o de “desviación de poder” en la actuación de una Administración territorial que pueda perjudicar a las competencias de la otra. Estos casos resultarán a menudo fronterizos con tipos de conflictos en los que se discute el modo de ejercicio de la competencia ajena por aminorar la propia, y el deslinde no siempre será sencillo, baste pensar en el difícil supuesto de hecho que ofrece el conocido caso de las armas largas (ATC 886/1988).

c) O porque, existiendo un “vicio de incompetencia territorial”, sin embargo derive de normas atributivas de competencia infraconstitucionales, es decir, cuando proceda del *incumplimiento de reglas fijadas en normas que no forman parte del bloque de la constitucionalidad*. Un parámetro que los artículos 62 LOTC y concordantes habilitan para configurar el juicio de constitucionalidad. Así, v.gr., recuérdese que la jurisprudencia constitucional ha afirmado ya en los conflictos negativos a instancias de personas físicas o jurídicas que los decretos de traspasos o transferencias no integran el orden constitucional de competencias, lo mismo debería sostenerse en los conflictos positivos; o que tampoco forman parte del bloque de la constitucionalidad los convenios o acuerdos de cooperación suscritos entre Administraciones territoriales para coordinar los ejercicios competenciales.

Sería absurdo ocultar que todo esto plantea varios problemas. El primero y más importante es identificar con algunas dosis de seguridad jurídica las “normas integrativas o interpuestas” que integran el *bloque de la constitucionalidad*: normas que no son formalmente constitucionales y, a la vez, resultan objeto y medida del control de constitucionalidad por incompetencia territorial. Pero, cualquiera que sea la solución que se adoptara en esta controversia, no parece arriesgado pensar que el propio Tribunal Constitucional puede precisar perfectamente, con una adecuada exégesis y las deseables dosis de seguridad jurídica, qué normas forman parte del bloque de la constitucionalidad en vía de conflicto y cuáles no. Sólo las pretensiones fundadas en la exégesis o la aplicación de normas de ese bloque deberían constituir el objeto de un conflicto constitucional, y resta un margen al recurso contencioso administrativo.

5. Los “conflictos de competencia legislativa”: la compleja fusión entre recurso de inconstitucionalidad por motivos competenciales y conflicto entre entes territoriales.

De 1980 a 1998 ha habido 419 recursos de inconstitucionalidad por motivos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre un total de 530, es decir, un 79% del total de los recursos. Un porcentaje tan elevado impresiona. Son verdaderas controversias competenciales entre entes territoriales suscitadas frente a normas con rango de ley y que, básicamente, sólo se diferencian de los conflictos positivos en el rango de la disposición enjuiciada, pero no en la sustancia de la labor jurisdiccional. Estamos ante una diferencia formal que no altera la esencia y

el verdadero objeto del proceso, que no es el acto, sino la discusión competencial.

Seguir llamando a esta *commixtio* entre recurso y conflicto “recurso de inconstitucionalidad” no parece jurídicamente preciso ni, menos aún, realista, y vuelve a incurrir en el error de tomar la parte por el todo. Los conflictos han acabado por prácticamente devorar a los recursos. Para explicar el fenómeno, López Guerra (1995) ha hablado de “conflictos ocultos” y “manifiestos”. Me parece más adecuado usar la terminología “conflictos de competencia legislativa”, puesto que no hay nada de oculto o desconocido en las demandas por forzada e impuesta que sea la vía procesal. Pero lo verdaderamente importante – a mi juicio – no es la cuestión terminológica, sino reconocer que es preciso trasladar soluciones y categorías procesales extraídas en el banco de pruebas de los conflictos positivos a los conflictos tramitados frente a leyes, dada la unidad de la naturaleza de los problemas competenciales, y su relativa lejanía del control normativo por vicios diversos.

Por eso, López Guerra (1995) me parece que acierta cuando señala que quizá debió en su día – o debería hoy – preverse en la Ley Orgánica, como fórmula técnicamente más correcta, una vía específica de conflictos de competencia frente a leyes, para no forzar los recursos de inconstitucionalidad con razonamientos extraños a la misma naturaleza del proceso y acabar por mezclar cosas distintas: controversias competenciales y control normativo por motivos sustantivos. Tal y como existe en Alemania, a diferencia de en Italia. Y como también se preveía entre nosotros durante la II República, por mandato acertado del art. 121.c] de la Constitución de 1931, y de la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales que, con mayor corrección,

regulaba en el título destinado a los conflictos (artículos 54 y ss) unas “Cuestiones de competencia legislativa”, que, incluso, hubo oportunidad de experimentar en dos asuntos.

No me convence, en cambio, la propuesta – muy forzada – de Fernández Farreres quien insiste desde 1984, casi en solitario, en que bastaría con zurcir el descosido: hacer una interpretación de la LOTC radicalmente distinta a la mantenida en una ya muy vieja y consolidada línea de jurisprudencia, e introducir en los artículos 62 y ss los conflictos frente a leyes en vez de llevarlos a los recursos. Una tesis, *lege data*, estimo que inadmisibles. Es, primero, poco probable – y menos aún prudente – un cambio tan drástico del criterio procesal del Tribunal sin haber acaecido ninguna circunstancia sobrevenida. Pero la tesis no es compartible por razones de mayor enjundia: resulta inadecuada a la regulación normativa existente, desde una comprensión sistemática de la disciplina legal, y no podría encontrar en ella natural acomodo. En efecto, la estricta exégesis del art. 62 y la argumentación sobre la expresión “disposiciones” es bastante estéril, pues olvida la previsión legal de un requerimiento previo de incompetencia entre ejecutivos (art. 63) que carecería de sentido alguno que el legislador hubiera diseñado si los conflictos positivos afectasen a leyes, puesto que tales Gobiernos autonómicos requeridos carecerían de potestades para modificar una disposición legal ya aprobada; la brevedad del plazo para atender el requerimiento, incluso, les vedaría la iniciativa legislativa para poner en marcha y concluir el procedimiento parlamentario. En resumen, qué lógica tendría como requisito procesal la exigencia de promover un requerimiento a un órgano ejecutivo para que modifique una

disposición que él no ha aprobado ni puede alterar. La vía de conciliación extrajudicial, previa al proceso y diseñada por el legislador para los conflictos positivos, es típica de la transacción entre ejecutivos e inapropiada para el control de las leyes, y en ese diseño legal no pueden tener cabida conflictos frente a leyes.

Mas, se reforme o no la Ley en este extremo, lo que no me parece ni decisivo ni acuciante, el verdadero problema está en evidenciar la necesidad de tratar procesalmente de manera distinta los recursos que traigan origen en discusiones competenciales y los que enjuicien la constitucionalidad de las leyes por motivos sustantivos. Dada la homogénea naturaleza de conflictos positivos y conflictos de competencia legislativa en torno a un mismo vicio de incompetencia, no deberían albergarse temores en la conveniencia de este trasplante jurisprudencial.

Una evidencia de esta similitud material en las controversias de fondo entre recursos competenciales y conflictos – de la que ya advertí en 1993 y 1998 A – es la posibilidad, nada extraña en la práctica, de la acumulación procesal de ambas acciones en un mismo litigio. Sentada la homogeneidad de ambos procedimientos, es imposible detallar aquí las consecuencias técnicas. Baste con decir que la propia jurisprudencia en fechas recientes parece reflejar una natural tendencia a usar soluciones procesales de conflictos en los recursos por vicios de incompetencia. Este progresivo acercamiento es técnicamente muy correcto, y puede apreciarse, v.gr., en las SSTC 43/1996 y 40/1998 en las que se aplica al recurso la doctrina de que no desaparece el objeto del pleito por la derogación de la norma impugnada si subsiste la controversia sobre la extralimitación competencial; y en la STC 118/1996 donde se reflexiona

– de forma aquí muy discutible – sobre la exigencia de un concreto ejercicio de competencias, no bastando para el Tribunal con la abstracta impugnación de un precepto reconocedor de un título competencial.

Respecto de las estadísticas, el Cuadro IV muestra que el número de los conflictos de competencia legislativa (419) es muy importante y nada desdeñable. Dista, además, de haber descendido la frecuencia, como en los conflictos positivos a los que supera en número desde 1991; en los dos últimos años, 1997 y 1998, se sitúa en una elevada horquilla, entre 30 y 40 asuntos, con una clara tendencia hacia el crecimiento. El Cuadro V prueba que las tres nacionalidades históricas y con lenguas propias son también las más litigiosas en estos conflictos de competencia legislativa al igual que acontecía con los conflictos positivos.

Tampoco parece casualidad que, también en los dos últimos años (los datos proceden de las mismas fuentes que los Cuadros), las Comunidades Autónomas con direcciones políticas más contrapuestas a las del Gobierno de la Nación hayan sido las que más han recurrido leyes del Estado: en 1997, 7 recursos Andalucía, 9 Castilla La Mancha, y 5 Extremadura; y, en 1998, 5 recursos Andalucía, 4 Castilla La Mancha y 2 Extremadura. Las cifras demuestran como este instituto procesal es un cauce de pacificación de los enfrentamientos causados por las inevitables colisiones entre entes autónomos con direcciones políticas divergentes.

Conviene, por último, insistir en que la competencia para resolver conflictos constitucionales, independientemente del rango de la norma enjuiciada y de la vía procesal, resulta indefectible en la separación de poderes, por pocos asuntos que fueran. Si bien queda demostrado que la escasa conflictividad no es precisamente un rasgo del

modelo español y, sobre todo, en las Comunidades Autónomas cuyo específico vínculo con el Estado se revela complejo y problemático. Esta naturaleza indefectible deriva no sólo de venir dispuesta en una norma de rango fundamental (art. 161.1.c) CE), sino ante todo porque resulta esencial o definitiva de la jurisdicción constitucional en todos los Estados dotados de descentralización política. Este atributo debe ser destacado: cualquier sistema de distribución constitucional de competencias entre entes territoriales dotados de autonomía política requiere de un mecanismo para la judicialización de los conflictos constitucionales. Cuando, con frecuencia, se pregonaba que el Tribunal Constitucional está para garantizar los derechos fundamentales, se simplifica.

En definitiva, el Tribunal Constitucional es en el Estado constitucional el Juez natural de las competencias de los demás poderes públicos tanto de los órganos constitucionales o de relevancia constitucional como, sobre todo, de las entidades territoriales en que el Estado en su conjunto o Estado ordenamiento se organiza (art. 137 CE). Cumple una función de garantía de la moderna organización constitucional – heredera de la ingenua y tripartita separación de poderes, ilustrada, elaborada a finales del XVII y primera mitad del XVIII – mediante unos procedimientos conflictuales que son en parte arbitrales y en parte garantistas, y, también en parte, concretos y abstractos.

6. Sobre el Estado de tres términos y la dimensión de hermenéutica constitucional que introduce el nuevo conflicto local: temores y círculo de ansiedades

A) Con frecuencia me ha suscitado inquietud el carácter conservador de la

formación del jurista, secuela probablemente deducible de la misma actividad prudente en la que la *iuris prudentia* consiste. Uno debe, no obstante, intentar prevenirse de ciertos excesos. Todo ello se manifiesta en un razonable temor del jurista a lo desconocido, pero también en un – no siempre tan justificable – repudio de cualquier categoría nueva. Los temores, en definitiva, crean fantasmas o ansiedades y no son buenos consejeros para la razón del jurista.

Pues bien, de nuevo, el crecimiento desmesurado e incontenible del recurso de amparo distorsiona todo el modelo de justicia constitucional y es causa de no pocas impaciencias. Es previsible que un Tribunal Constitucional agobiado en labores de inadmisión y desestimación de millares de recursos de amparos, y, sólo muy excepcionalmente de estimación, concentre en esos menesteres – con una fuerte dimensión subjetiva conectada a las situaciones jurídicas de concretos ciudadanos – la mayor parte de sus esfuerzos. Pero no puede ocultarse que así se acaba por obstaculizar el desempeño de otras labores dotadas de una dimensión objetiva más cierta. Y no es bueno que el Tribunal Constitucional ocupe en la organización constitucional el honroso lugar de un Tribunal ordinario preocupado por impartir justicia y resolver las pretensiones de los justiciables, incurriendo en una función de suplencia. Si las tareas objetivas sobra las que se insta la función pacificadora del Tribunal Constitucional se encuentran, además, directamente conectadas con la interpretación de la Constitución y con la salvaguardia de la división territorial del poder entre diversas entidades públicas, como ocurre con la defensa de la autonomía local, rechazar su desempeño se hace difícil de entender; y, más aún, si nuestro

ordenamiento suscita hoy en día cuestiones políticamente tan importantes como es la que, v.gr., analiza recientemente la STC 109/1998 sobre el llamado Plan Único de la Generalidad de Cataluña para la inversión de los recursos de las Diputaciones Provinciales. Por otro lado, no deja de ser absurdo que sea el Defensor del Pueblo quien deba recurrir – en vez de los mismos afectados – la Ley de Presupuestos de 1999 para defender la suficiencia financiera de algunos Ayuntamientos e impedir su indefensión; una evidencia más de la conveniencia de introducir una nueva acción..

Una actividad que, paradójicamente, a algunos les debe parecer de insuficiente importancia para residenciarla ante la justicia constitucional, vistos los reparos que – expresa o solapadamente – han formulado al acceso directo de los entes locales. No se trata, pues, de arbitraje, de seguir con fórmulas cabalísticas los dictados del Príncipe (el sistema de partidos), o de satisfacer sin razón jurídica presiones del Municipalismo, sino de dar cabida en la teoría de la justicia constitucional a los nuevos problemas y no enrocarse en torno a categorías más conocidas.

B) Según sostuve a mediados de 1997 (ver García Roca 1997 y 1998 B), la solución – a mi juicio – constitucionalmente más adecuada para la defensa de la autonomía local en sede constitucional, pero técnicamente nada sencilla, es añadir, por ley orgánica y en el Título IV de la LOTC, un nuevo conflicto de competencias: otra especie dentro del género común de los conflictos constitucionales. Bastaría con añadir un nuevo Capítulo IV. Un *conflicto local* en vez del “amparo local” que las entidades locales habían venido manejado inicialmente como eslogan de sus aspiraciones. Una solución que parece finalmente seguir el proyecto de reforma de

la LOTC actualmente en discusión en el Senado (BOCG, Senado, Serie II, 30 de diciembre de 1998).

El conflicto entre el interés nacional, el autonómico y el local, y entre las tres entidades territoriales que lo representan (art. 137 CE), a causa de su diversidad de opiniones sobre su respectiva esfera de actuaciones, es inevitable en un Estado compuesto de tres términos como la Constitución diseña. Nada negativo se desprende de esta afirmación. El conflicto, entendido como controversia, no es algo peyorativo sino inherente a la democracia en las sociedades abiertas con intereses de grupos plurales y, con mayor razón, cuando se compagina con una autonomía política de entes. El rango de los preceptos constitucionales que se usen en el juicio como medida de control y de los que en ellos obtengan habilitación (me he ocupado de este problema con mayor detalle en 1998), otorgan carácter constitucional al conflicto; unidas, de un lado, a la naturaleza igualmente constitucional de los sujetos litigantes, y, de otro, a la labor de quien resuelva el conflicto, que consiste materialmente en interpretar la separación territorial del poder, es decir, en custodiar las reglas de la organización constitucional. La naturaleza del conflicto local estimo que es constitucional por la concurrencia de esos tres elementos.

Y, si bien los entes locales no son órganos constitucionales supremos que sostengan relaciones de paridad con los demás entes territoriales, Estado y Comunidades Autónomas, bajo cuya intervención evidentemente se mueven, tienen potestades de dirección política autónoma que la Constitución les da y, en consecuencia, no tiene por qué aquietarse ante la interpretación de sus facultades y, en definitiva, del interés local que las leyes estatales o autonómicas hagan, cuando la

estimen poco respetuosa de su autonomía constitucionalmente garantizada.

C) La nueva acción puede llevar a hacer necesario la revisión de la vieja idea de garantía institucional y a sustituirla por la de “*configuración constitucional de la autonomía local*”, lo cual entraña un serio punto de inflexión en la hermenéutica e interpretación de la autonomía local, y lleva a que la regulación legal devenga únicamente – por importante e inaplazable que sea – una mera concreción o desarrollo, y no un momento autónomo y conceptualmente independiente, libre para definir como se quiera esa autonomía, sin venir sometida a límites ni a control impeditivo alguno más que un remoto núcleo institucional. Este es el cambio más revolucionario, para el régimen local desde su recepción en el liberalismo decimonónico, que una moderna Constitución democrática supone.

Es menester asegurarse de la adecuación de las leyes que afecten al Gobierno local al parámetro jurídico y medida que el bloque de la constitucionalidad supone, si verdaderamente se quiere que la convivencia política esté presidida por una “voluntad de Constitución” y acabe de erigirse el *Estado de tres términos* que la Constitución esboza. Pues no es inverosímil el riesgo de un legislador, estatal o autonómico, poco escrupuloso con la esfera de poder local y escasamente predispuesto a compartir sus finanzas y competencias, – e incluso a delegar o transferir algunas de las que ostenta –, con una pluralidad de Gobiernos locales dotados de direcciones políticas potencialmente contrapuestas.

La defensa de la autonomía local por sus propios titulares mediante un conflicto local deviene así el remedio dotado de una mayor coherencia interna frente a leyes estatales o autonómicas invasoras del espa-

cio que la Constitución acantona para la autonomía local, y, en armonía con ella, la *Carta Europea de la Autonomía Local* (CEAL).

En este contexto, el lugar de la CEAL en nuestro ordenamiento jurídico deviene un asunto de primer orden y aún no definitivamente resuelto. Para cuando el caso llegue, no albergo dudas de que la Constitución, los Estatutos de Autonomía, la Ley de Bases de Régimen Local, y la legislación sectorial atributiva de competencias a los entes locales deben de ser interpretados “en armonía o conforme” a la CEAL. Un tratado que, de algún modo se acerca, – sin llegar a estar dentro –, al parámetro de control, medida o bloque de la constitucionalidad. Fundamentalmente, dada su parquedad, deberían ser de utilidad los criterios hermenéuticos que allí se recogen, en especial, la interesante definición de autonomía local (art. 3). La discusión no puede resolverse ingenuamente aduciendo que la eventual contradicción de un tratado internacional con la ley no es un problema de constitucionalidad (v.gr. STC 142/1993, F.J.3.º). Esto es cierto, pero no es toda la verdad. Basta con poner en conexión los principios jurídicos recogidos en la CEAL con la apertura y elasticidad de las normas constitucionales. Y esa es una operación hermenéutica a la que – estimo – obligan los compromisos internacionales suscritos por España en el seno del Consejo de Europa: el acuerdo de unos sujetos vinculados a un procedimiento convencional. El valor simultáneo de este convenio en el Derecho interno y el internacional impide la discordancia, e impone esa interpretación en armonía siempre que sea constitucionalmente posible. Una vez ratificada la CEAL, se produce una especie de congelación de rango o reserva de tratado a favor de los contenidos de esa

fuentes. Este es el verdadero sentido de los artículos 94.1 y 95.1 CE. Sorprende, por eso, la escasísima atención prestada a la Carta en la jurisprudencia constitucional. Baste una muestra: la citada STC 109/1998, sobre el régimen de competencias de las Diputaciones Provinciales de Cataluña y el llamado Plan Único, fue dictada sin una sola mención a la CEAL, pese a que es notoria la relevancia de los criterios interpretativos recogidos en el art. 9 de la misma sobre los recursos financieros de las entidades locales.

D) Las *razones obstativas* que pueden esgrimirse frente a este discurso lógico, la necesidad de configurar una acción en garantía de la autonomía local y a instancias de sus titulares, no me parecen puedan primar sobre ella y acabar por desplazarla. Veamos sucintamente alguna. La jurisdicción constitucional es, ciertamente, un bien escaso y en nuestro país una institución cargada de asuntos y con retrasos crecientes, todo lo cual obliga a seleccionar lo importante. Ese fue el diseño querido por el constituyente quien pretendió que el Tribunal Constitucional no se ocupara más que de pocos e importantes asuntos. Lo que ocurre es que ese bosquejo tuvo escaso éxito, y no se acertó a la hora de prever unas competencias que se adecuaran al mismo, en parte, debido al propio constituyente que introdujo un arriesgado recurso de amparo (art. 162.1.b CE, mas debe caerse en la cuenta de la indeterminación de los actos impugnables, al igual que en el art. 161.1b), pero, principalmente, a causa del legislador orgánico, que proyectó esta acción no sobre las leyes sino sobre toda clase de pequeñísimos asuntos. Un sinnúmero de litigios derivados de las resoluciones administrativas y judiciales más habituales, el número de las cuales, como era de esperar, crece constantemente y, en

consecuencia, también el de amparos constitucionales, hasta llegar a amenazar con colapsar la institución que los resuelve. Los serios problemas que el amparo plantea, una verdadera amenaza para la supervivencia de la justicia constitucional, – insistiré – deberían ser resueltos afrontando directamente, sin tabúes o fetichismos, la posibilidad de que pueda sobrevivir un amparo constitucional frente a resoluciones judiciales o administrativas en virtud de su elevado número. Estudiando con realismo y posibilismo – no sólo con garantismo – el diseño procesal y la organización interna óptima. Y no dando la batalla en campo ajeno y suprimiendo competencias más antiguas e indefectibles: el Tribunal Constitucional como jurisdicción de conflictos.

Pero el debate debe calmarse: el nuevo proceso es previsible no deba suponer una cuantía de asuntos inabarcable. En la medida en que este conflicto local pueda interponerse sólo contra leyes, ya sea directamente frente a normas con rango de ley (art. 75 bis.1 LOTC según el art. 5 del proyecto de reforma) – o incluso si se hubiera optado por hacerlo a través de la mediación de disposiciones y actos viciados de incompetencia por una ley, según propuse en 1997 –, el riesgo de una avalancha de asuntos no es grande. Debe resaltarse que son muy pocas las leyes que puedan venir impugnadas: ¿cuántas leyes nuevas puede haber en un año tachadas de inconstitucionales y acusadas de transgredir la autonomía local? Ni en la experiencia alemana ni en la austríaca se sobrepasan en su conjunto la docena de asuntos. Puede relativamente mensurarse y controlarse la dimensión objetiva de un conflicto local contra leyes, mientras, en cambio, resulta inmensurable – y pavorosa – la cifra del amparo judicial y administrativo, que tiende estadísticamente a ser la bisectriz de un ángulo recto.

E) Bien es verdad que el riesgo de abrir una vía que genere excesivos litigios, impidiendo la finalidad principal que se pretende el conflicto local cumpla, que es la defensa objetiva de las competencias locales antes que las subjetivas, aconseja no otorgar legitimación individual a cada uno de los entes locales (la solución alemana, austríaca y de la fallida reforma italiana), salvo en el caso de leyes de destinatario único. Es razonable optar por una *legitimación selectiva*, ya sea por cociente o proporción, o, incluso, lo hubiera sido orgánica o corporativa: los representantes de los entes locales en la Comisión Nacional de Administración Local o en las respectivas y análogas comisiones autonómicas. El nuevo proyecto de ley (art. 75 ter.1 LOTC según la redacción que le da el art. 5 de la reforma) atiende a esta prudente filosofía, que intenta custodiar la dimensión objetiva del conflicto, y disciplina unos cocientes de Municipios y Provincias, dirigidos a favorecer la intervención de las entidades dotadas de mayor población y a agregar voluntades muy amplias. Los problemas técnicos que probablemente suscitará el cómputo de esos cocientes (como advertí en 1997) son perfectamente resolubles y preferibles de afrontar a la amenaza de una fuerte litigiosidad. En sentido contrario, se ha manifestado Pérez Tremps (1998), defendiendo una legitimación individual, estimo que muy arriesgada dado el caldo de cultivo que supone el excesivo número de Municipios en España – alrededor de ocho mil.

La muy sensata legitimación selectiva y en interés de Constitución por la que el proyecto de ley opta, ofrece dos instrumentos legales a la responsabilidad de los partidos políticos más representativos para que garanticen no se distorsione la actividad del Tribunal Constitucional con una

multitud de demandas prematuras o infundadas: la adopción de la *mayoría absoluta* del órgano plenario de cada Corporación Local (art. 75 ter. 2 LOTC), y el control de la consecución de esos *cocientes de voluntades impugnatorias* por parte de una pluralidad de entes.

F) El proyecto de ley diseña una acertada fase previa a la formalización de la demanda. Es menester, la *intervención del Consejo de Estado u órgano consultivo* correspondiente de cada Comunidad Autónoma, a través de un dictamen preceptivo pero no vinculante, según el ámbito territorial del conflicto y la existencia o no de un Consejo Consultivo autonómico. Parece claro que se busca preservar dos bienes: primero, ofrecer una opción a la legítima solución en el seno de cada Comunidad Autónoma de la disputa entre el Gobierno autonómico y los Gobiernos locales allí ubicados, alejando la sospecha de un control centralista por parte de los órganos generales del Estado. Y, además, obtener las ventajas que toda subsidiariedad entraña: dar la opción a una más pronta solución del litigio, intentar que lleguen menos asuntos al Tribunal Constitucional, y residenciar una primera “instancia” para la decisión del litigio. Aunque esta instancia no pueda entre nosotros ser jurisdiccional como en Alemania ocurre con los Tribunales Constitucionales de los Länder. La influencia germánica, *servata distantia*, en esta idea de subsidiariedad que la Ley recoge es evidente y resulta mucho más acertada que obligar a las entidades locales, por su naturaleza pública, a seguir un largo camino ante los Tribunales ordinarios.

G) Amén de la fase previa, el proyecto de reforma incorpora un *trámite de admisión* del conflicto local, que es inexistente en los conflictos positivos con las Comunidades Autónomas, pero que ya ha sido

experimentado en los negativos y en las cuestiones. El art. 75 quince LOTC debe servir para no acumular durante años un *stock* de asuntos desprovistos de interés objetivo y luego resolverlos un lustro o un decenio más tarde. El Tribunal puede, por Auto motivado, inadmitir la demanda por la falta de legitimación u otros requisitos procesales, o, incluso, “cuando estuviere notoriamente infundada la controversia suscitada”. Un juicio liminar de inadmisión por falta de contenido que el Tribunal ha probado en los conflictos negativos, y también en las cuestiones de inconstitucionalidad a raíz de la conocida exégesis jurisprudencial hecha del art. 37.1 LOTC.

H) Quizá pudiera objetarse la misma novedosa disciplina de un *conflicto de competencia legislativa* y no trabado frente a disposiciones, resoluciones y actos de rango inferior a ley. Estamos muy condicionados por el criterio formal de diferenciación entre “recurso” y “conflicto”, basado en el rango de la norma, que han decantado la LOTC y, fundamentalmente, el Tribunal Constitucional. Pero no es el único criterio concebible ni desde la Constitución ni desde la teoría de la justicia constitucional, según se ha razonado antes.

Resta el problema más arduo: ¿puede declararse inconstitucional y anularse directamente una ley a instancias de una Corporación Local? No creo sea posible, sin reformar la Constitución, ordenar por ley una acción de inconstitucionalidad – cualquiera que sea el nombre que reciba – encaminada a anular normas con rango de ley y a instancias de Municipios y Provincias, pues la legitimación para esta acción viene expresamente prevista en el art. 162.1.a) CE y, entre los órganos y fracciones de órganos que allí se enumeran, es manifiesto que no están los entes locales. La exégesis, muy consolidada, que el Tri-

bunal Constitucional ha hecho del citado precepto constitucional no parece dejar margen alguno a ampliaciones o restricciones de los sujetos legitimados por ley ni tan siquiera mediante una reforma del art. 32 LOTC.

De mayor enjundia es la tesis según la cual como el art. 161.1 CE no contiene una enumeración cerrada de las competencias del Tribunal Constitucional, pues habilita a la ley orgánica en su letra d] para atribuirle “las demás materias”, esta apertura permitiría atribuir a las Corporaciones Locales una acción para instar directamente la anulación de las leyes, por supuestamente tratarse la autonomía local de una nueva “materia”.

Sin embargo, lamento verme obligado a discrepar de estos autores, pues tal exégesis – si fuera constitucionalmente adecuada – facilitaría mucho las cosas, pero la cláusula del art. 161.1.d CE no puede ser una remisión en blanco a la ley para vaciar de contenido las demás normas constitucionales que, en el mismo precepto o en otros, disciplinan los procesos constitucionales, en concreto, no puede ser un escudo para desvirtuar la legitimación del art. 161.1.a CE para el recurso de inconstitucionalidad.

La imprecisión de la expresión “materia” en este contexto, por otra parte, debe determinarse entendiéndola como “proceso”, pues, en el resto del art. 161.1, se regulan diversos procesos: recursos de inconstitucionalidad y amparo, y conflictos de competencia; o, incluso, como concretas “competencias” sobre esos procesos, p.ej., el amparo electoral. Pero carece de apoyo sistemático alguno su lectura como “vicio de inconstitucionalidad”, la competencia local, o como “sector del ordenamiento”, régimen local. El vicio de incompetencia local de la ley no puede conceptualmente

ser una materia y proceso distinto a la declaración de inconstitucionalidad (así lo defiende Pérez Tremps 1998) en virtud de recurso, cuestión o conflicto. A la identidad entre “materia” y “autonomía local” parece llegarse con independencia del contexto o situación en que se produce la habilitación constitucional al legislador.

A mi entender, pues, sin reformar la Constitución, no es posible anular una ley, en virtud de una acción directa, más que a instancias de los legitimados expresamente en el art. 162.1.a CE. Y tanto una actitud de prudencia como una escrupulosa voluntad de Constitución aconsejan no aprobar una reforma legislativa sometida a una más que razonable sospecha de inconstitucionalidad. La ley como objeto del juicio es directamente intangible en su nulidad salvo para ciertos sujetos constitucionalmente tasados, quienes pueden instar controles jurídicos sucesivos ante el Tribunal Constitucional, siguiendo criterios del constituyente que fueron deliberadamente muy restrictivos y excluyentes de diversos órganos. Y, cualquiera que sea el vicio de inconstitucionalidad, pues la Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y las casi dos décadas de jurisprudencia recaída no distinguen a estos efectos entre los distintos y posibles vicios, la lesión de la autonomía local por incompetencia entre ellos. En esto creo consiste el “valor” de ley en sus elaboraciones doctrinales más clásicas: su “intangibilidad” salvo para algunos titulares de acciones.

La conclusión expuesta, rigurosa o estricta, de ser cierta, dificulta notablemente cualquier procedimiento que quiera regularse sin reformar la Constitución y, lamentablemente, nos lleva a diseñar un *instrumento indirecto*, algo alambicado, para llegar a “tocar” la ley. Esta prudencia explica mi opción en 1997 por un conflicto

local análogo al dispuesto en el art. 67 LOTC y trabado frente a disposiciones y actos viciados de inconstitucionalidad e incompetencia por la ley: pedir la declaración de nulidad de la ley a instancias de unos nuevos sujetos, no previstos constitucionalmente, mediante el artificio de la impugnación indirecta de un acto aplicativo de la ley; algo que estimé debía ser constitucional, puesto que ya ocurre para las personas físicas y jurídicas – tampoco legitimadas para recurrir directamente la ley – en el llamado “recurso indirecto contra leyes” o amparo que, tras ser otorgado, da lugar a una autocuestión. Así como la propuesta, algo posterior en el tiempo, de Tomás Font construida sobre un recurso contencioso administrativo y una cuestión de inconstitucionalidad.

Tampoco parece compartir esas posiciones generosas, el Dictamen del Consejo de Estado, de fecha 18 de junio de 1998, puesto que afirmó con rigor y prudencia:

“no habría de considerarse vedado un conflicto directo respecto de leyes... siempre y cuando su fin inmediato no sea, formalmente, alcanzar un pronunciamiento sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad” (p. 22).

I) Para solventar este *impasse* ha habido distintas propuestas doctrinales, y una larga discusión entre especialistas y Grupos parlamentarios. Finalmente, el Gobierno presentó, al Consejo de Estado, dos proyectos de ley alternativos: un conflicto directo frente a leyes; y otro indirecto frente a disposiciones y actos viciados de incompetencia por la ley, un procedimiento análogo al ya experimentado con el art. 67 LOTC. El citado órgano consultivo sugirió, *motu*

proprio, un tercer diseño procesal (la idea ya había sido apuntada por Tomás Font), articulado en dos fases, o, mejor, en dos procedimientos: un conflicto contra leyes, limitados sus efectos a declarar la titularidad de la competencia controvertida, esto es, sin hacer un pronunciamiento de nulidad de la ley; seguido de la promoción de una autocuestión de inconstitucionalidad, si el Pleno decide plantearse la inconstitucionalidad de la ley tras la resolución del conflicto que hubiere declarado la vulneración de la autonomía local. En suma, un expediente análogo al art. 55.2 LOTC. Y el Gobierno, bien para generar el imprescindible consenso entre los Grupos parlamentarios al abrigo del arbitraje del supremo órgano consultivo de la Nación bien convencido de la idoneidad de la fórmula, acogió este diseño procesal en el art. 75 quince 6 del proyecto de reforma.

¿Qué decir ante este estado de la cuestión? Este es, en verdad, un conflicto atípico – quiero decir nuevo, sin precedentes conocidos – el que inventa el Consejo de Estado. Los efectos de la Sentencia de conflicto son casi meramente declarativos, quedan reducidos a la declaración de titularidad de la competencia y a las medidas de restablecimiento (art. 75 quince 5), sin poder anular la disposición legislativa enjuiciada. Diríase que el conflicto casi se agota, si la Sentencia fuera “estimatoria de la vulneración de la autonomía local”, en el ulterior planteamiento de una autocuestión para producir “una segunda Sentencia sobre la inconstitucionalidad de la ley vulneradora a partir de la decisión de un órgano legitimado para abrir la vía a ella conducente” (p.24 del Dictamen). Esta es la filosofía de ese doble procedimiento.

Habrà que reflexionar con calma sobre la nueva técnica. Superadas las primeras

sensaciones, esta disociación entre inconstitucionalidad por “incompetencia” y “nulidad” puede acaso encontrar apoyo en una interesantísima doctrina que inicia la STC 195/1998 (Marismas de Santoña y Noja) en la cual la declaración de inconstitucionalidad de un ley estatal viciada de incompetencia no lleva aparejada la inmediata declaración nulidad, ya que los efectos quedan diferidos a cuando la Comunidad Autónoma dicte una ley análoga. Pero, mientras tanto, quizá no sea conveniente continuar centrando el debate sólo en aspectos adjetivos o de procedimiento, algo artificiales, en vez de discutir problemas reales y sustantivos. Hemos visto que la misma LOTC contempla depurados procedimientos (v.gr. los artículos 68 a 72), con regulaciones muy técnicas, que apenas han servido para resolver algo de utilidad para los intereses públicos o privados. Conviene que las Corporaciones Locales lleguen con sus disputas frente a leyes ante el Tribunal Constitucional para alcanzar una interpretación constitucional de su esfera de actuaciones, y cimentar un basamento estable para el desarrollo pleno de un Estado compuesto de tres términos. Es, en cambio, relativamente indiferente, a esos efectos, el *iter* procesal, técnicamente más o menos correcto, que se arbitre por el legislador. Mucho más importante es actuar con prudencia, alejando cualquier razonable duda sobre la comisión por el legislador de un fraude o rodeo a la Constitución, que constituiría un precedente peligrosísimo para nuestra aún joven democracia en los actuales momentos del Estado autonómico. Esta “voluntad de Constitución” en tiempos de mudanzas es más importante que la perfección técnica de las leyes. “Así es, si así le parece” al Consejo de Estado, al Gobierno y facilita el imprescindible consenso entre los Grupos parlamentarios que requiere una reforma procesal.

7. El conflicto entre órganos constitucionales o el tratado de un inútil combate

Sorprende un poco la amplia atención teórica prestada a los conflictos entre órganos constitucionales, un objeto rico en monografías (en orden cronológico, entre otros, Martín Retortillo, García Roca, Gómez Montoro, Trujillo, etc.), dado que nada más se ha producido que una Sentencia en esta vía, la mencionada STC 45/1986, y únicamente existe otro asunto pendiente de pronunciamiento. En especial, si se contraponen a los más bien escasos trabajos redactados respecto de los complicados problemas que ocasionan los conflictos positivos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, – salvo en el aspecto, mucho más frecuentado, de los solapamientos con la jurisdicción contencioso administrativa –, donde, en cambio, se han dictado 346 Sentencias que resuelven 586 conflictos. La atención doctrinal está, pues, algo descompensada o desproporcionada respecto de las necesidades de la práctica y de la jurisprudencia y, en consecuencia, no puede decirse que vaya habitualmente por delante. Desde el punto de vista dogmático, no obstante, la competencia es importante, puesto que erige al Tribunal Constitucional en garante de la división horizontal del poder.

A luz de los datos, estos conflictos diseñados en el Capítulo II del Título IV, artículos 73 y ss. LOTC continúan siendo el tratado de un inútil combate del que ya advertí hace doce años (García Roca 1987), empero, algunos extensos trabajos posteriores se mostraron bastante menos críticos con la regulación legal. Me ratificaré en mi escepticismo inicial que, pasado el tiempo, se ha revelado como premonitorio: me pregunto qué sentido jurídico tiene – si no nos contentamos con meros academicis-

mos – introducir un procedimiento que en veinte años prácticamente no ha podido ser usado... Su actual configuración sigue siendo un itinerario procesal que nadie sigue y ello sólo se debe a la indebida regulación legal; bien es verdad, que aunque el diseño procesal fuera más adecuado continuaría siendo un tipo de conflicto, por su misma naturaleza, residual.

En efecto, desde los sujetos, la disciplina legal (art. 59.3 LOTC) responde a un entendimiento muy elemental y antiguo de la separación de poderes, centrado en el vértice de los tres poderes clásicos, lejano a la sofisticación de la moderna y compleja organización constitucional y a la correlativa existencia de nuevos órganos dotados de atribuciones por la Constitución o por normas que en ella obtienen habilitación. Y, desde el objeto, la muy restrictiva consideración del vicio de incompetencia como *vindicatio potestatis* impide discutir muchas hipótesis de controversias sin que exista razón bastante para ello (aquí sí la ley obliga a la reivindicación de la atribución indebidamente asumida según el art. 73.1 LOTC y a diferencia de en los conflictos entre entes).

En la medida, en que nadie discute que este proceso es definitorio de la jurisdicción de Estado, como ingrediente de la actual justicia constitucional, y que la situación no es igual en Italia o en Alemania cabe pensar bien que la disciplina legal no debe de ser óptima, o que los mismos o, cuando menos, algunos de estos asuntos se resuelven entre nosotros por otras vías, significativamente el amparo. De manera que la situación, causada por la defectuosa técnica de la LOTC, no sería dramática ni siquiera peligrosa y habría sido corregida por la propia fuerza expansiva de las garantías constitucionales. Una combina-

ción de tres elementos ha producido entre nosotros una suerte de “conflicto encubierto” frente a los órganos de las Cámaras, liderados por la mayoría, a instancias de las minorías parlamentarias tanto individuos como grupos: el amparo contra decisiones parlamentarias sin rango de ley ex art. 42 LOTC, el derecho fundamental de los cargos públicos representativos ex art. 23.2 CE, y el entendimiento de que ese derecho tutela la esencia de las herramientas que integran el estatuto de los parlamentarios.

Es muy reducido el círculo de sujetos legitimados por la Ley. Unos litigios entre órganos constitucionales supremos que deja ausentes a diversos órganos cuales podrían ser, sobre todo, las minorías parlamentarias. Así, al ocuparme del art. 23.2 CE, he puesto de manifiesto que aquél artefacto, híbrido de amparo y conflicto encubierto, v.gr., no protege frente al silencio o las irregulares respuestas del ejecutivo al Parlamento en las solicitudes de información formuladas a instancias de parlamentarios ordinarios, la garantía, pues, no se proyecta fuera de la Cámara y deviene en la práctica inútil; en consecuencia y por diversas razones, no creo fuera ocioso conceder legitimación a las minorías parlamentarias o fracciones de órganos.

Y también es restrictivo del objeto. Parece excluir *lege data* la impugnación de las leyes, entre otras razones, ante la ausencia de legitimación pasiva de las Cortes Generales y por los mismos perfiles del término “decisión”, usado en el art. 73.1 LOTC; la única experimentación que tenemos (STC 45/1986) así lo corrobora, pues muestra la impugnación por los actores de meros actos de tramitación de una ley, (en sentido contrario, Gómez Montoro).

8. Bibliografía esencial

- ARCE JANARIZ, Alberto. "Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso administrativo en la jurisprudencia de conflictos de competencia" en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 70, 1991.
- _____. "A vueltas con la asignación jurisdiccional de los conflictos positivos de competencia" en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 79, 1993.
- BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè. *El Tribunal Constitucional Federal Alemán: criterios jurisprudenciales en la resolución dels conflictes federals entre el Bund i els Länder*, 1988, tesis doctoral no editada de la que se distribuyó una edición microfilmada.
- _____. "La resolució dels conflictes entre el Bund i els Länder davant el Tribunal Constitucional Federal Alemany" en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1989, n.º 2.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid, 1987.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. "El sistema de conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 12, 1984.
- _____. "Tribunal Constitucional y jurisdicción contencioso administrativa en la resolución de los conflictos competenciales" en *Autonomías*, n.º 15, 1992.
- _____. "Proceso contencioso administrativo y procesos constitucionales: alternatividad, simultaneidad, interferencias" en *VVAA: La protección jurídica del ciudadano, estudios en homenaje a Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, tomo II.
- FONT I LLOVET, Tomás. "El recurso de protección constitucional de la autonomía local" en *VVAA: Defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 1997, p. 89.
- GARCÍA ROCA, Javier. *El conflicto entre órganos constitucionales*, Tecnos, Madrid, 1987.
- _____. *Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, (Una aproximación desde la jurisprudencia constitucional)*, CEC, Madrid, 1993.
- _____. "Sobre la posibilidad de configurar una acción para la defensa de la autonomía local por sus propios titulares ante el Tribunal Constitucional: Es factible un conflicto local e indirecto contra leyes" en *VVAA: Defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, MAP, Madrid, 1997.
- _____. "Una teoría de la Sentencia en el conflicto constitucional entre entes territoriales" en *VVAA: La Sentencia en los conflictos constitucionales de competencia*, Tribunal Constitucional – CEC, Madrid, 1998 (A), y la ponencia de contradicción de Germán Fernández Farreres.
- _____. "La garantía constitucional de la autonomía de las Corporaciones locales frente a la Ley: el conflicto local" en *VVAA: Administraciones Públicas y Constitución (Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978)*, coordinado por Enrique Álvarez Conde, INAP, MAP, Madrid, 1998 (B).
- GARCÍA TORRES, Jesús. "Máximas de interpretación sobre el art 149.1.13 CE en la reciente jurisprudencia constitucional" en *VVAA: Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, coordinado por Alberto Pérez Calvo, INAP, Madrid, 1990.
- GÓMEZ MONTORO, Angel. "Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso administrativa en la resolución de conflictos positivos de competencia" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 30, 1990.
- _____. *El conflicto entre órganos constitucionales*, CEC, Madrid, 1992.
- GÓMEZ MONTORO, Angel y CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. "De nuevo sobre quien debe resolver los conflictos territoriales de competencia" en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 99, 1998.
- LAZCANO BROTONS, Iñigo. "Presupuestos para el planteamiento de los conflictos posi-

- tivos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas” en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 20, 1988.
- LÓPEZ GUERRA, Luis. “Colisiones normativas y conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas” en *VVAA: Organización Territorial del Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1984, volumen II.
- _____. “El Tribunal Constitucional y la resolución de conflictos competenciales” en *Revista Vasca de Administración Pública*, volumen II, n.º 10, 1984.
- _____. “Conflictos competenciales, interés general y decisión política” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1988, n.º 1.
- _____. “Los conflictos positivos de competencia” en *VVAA: Los procesos constitucionales*, CEC, Madrid, 1992.
- _____. “Algunas propuestas sobre los conflictos positivos de competencia” en *VVAA: La jurisdicción constitucional en España: la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 1979-1994*, Tribunal Constitucional – CEC, Madrid, 1995.
- _____. “Las controversias competenciales en la jurisprudencia constitucional” en *VVAA: El funcionamiento del Estado autonómico*, INAP, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1996.
- MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo. “Conflictos constitucionales de competencia y atribuciones” en *VVAA: El Tribunal Constitucional*, IEF, Madrid, 1981.
- _____. “Justicia administrativa y Comunidades Autónomas” en *Revista de Administración Pública*, n.º 121, 1990.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1982, volumen II, “Los conflictos de competencia”.
- PARADA, Ramón y DEL SAZ, Silvia. “Los conflictos de competencia en la Constitución española” en *VVAA: Administraciones Públicas y Constitución (Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978)*, coordinado por Enrique Álvarez Conde, INAP, MAP, Madrid, 1998.
- PÉREZ TREMPES, Pablo. “Los órganos jurisdiccionales y la protección del sistema de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 46, 1996.
- _____. *La defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- PUNSET BLANCO, Ramón. “Sujetos, actos impugnables y presupuesto de la impugnación en los conflictos positivos de competencia” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 26, 1989.
- _____. “Los conflictos positivos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 2, 1989.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. “La jurisdicción constitucional en los conflictos entre el poder central y los poderes territoriales” en *Revista Vasca de Administración Pública*, volumen II, n.º 10, 1984.
- _____. Ponencia española a Louis Favoreu y Francisco Rubio Lorente: *El bloque de la constitucionalidad*, Civitas-Universidad de Sevilla, Madrid, 1991. La ponencia apareció previamente en la *Revista Española de Derecho Constitucional* en 1989.
- TEROL BECERRA, Manuel José. *Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1988.
- _____. *El conflicto positivo de competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- TRUJILLO RINCÓN, María Antonio. *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1995.
- VIVER I PI-SUNYER, Carles. *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1989.

Anexo estadístico

CUADRO I
Conflictos Constitucionales (1980-1998)

AÑO	Positivos			Negativos		Órganos Const.	TOTAL
	E/CCAA	CCAA/E	CCAA/ CCAA	Interesa	Gobierno		
80	2	—	—	—	—	—	2
81	5	8	1	—	—	—	14
82	25	23	1	—	—	—	49
83	8	23	—	—	—	—	31
84	26	39	—	—	—	—	65
85	29	53	—	3	—	3	88
86	30	64	1	1	—	—	96
87	16	49	1	—	—	—	66
88	14	50	—	2	—	—	66
89	5	26	—	1	—	—	32
90	2	25	1	1	—	—	29
91	2	5	—	1	—	—	8
92	1	6	—	—	—	—	7
93	1	9	—	—	—	—	10
94	1	4	—	2	—	—	7
95	1	9	—	—	—	1	11
96	—	5	—	—	—	—	5
97	—	10	—	—	—	—	10
98	3	4	1	1	—	—	9
TOTAL	171	412		12	—	4	605
	589			12		4	

CUADRO II:
Conflictos pendientes de solución (31-XII-1994)

	86	87	88	89	90	91	92	93	94	TOTAL
Posi.	4	10	14	13	14	4	7	8	1	75
Nega.	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Órga.	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—

CUADRO III

Litigiosidad territorial por CCAA (1980-1998): Conflictos positivos de competencia.

		TOTAL
Cataluña/Estado	191	255
Estado/Cataluña	64	
P.Vasco/Estado	122	170
Estado/P.Vasco	48	
Galicia/Estado	39	60
Estado/Galicia	21	
		485

CUADRO IV

Conflictos de competencia legislativa entre el estado y las comunidades autónomas (formalmente recursos de inconstitucionalidad)

Año	80	81	82	83	84	85	86	87	88	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	Total
CCAA/E	—	1	6	7	18	31	12	12	30	21	8	2	8	15	4	6	9	30	21	241
E/CCAA	—	7	9	8	12	17	5	12	14	17	15	6	11	8	2	10	3	9	13	178
Total	—	8	15	15	30	48	17	24	44	38	23	8	19	23	6	16	12	39	34	419

CUADRO V

Litigiosidad territorial por CCAA (1980-1998): conflictos de competencia legislativa (formalmente recursos de inconstitucionalidad).

		TOTAL
Cataluña/Estado	67	105
Estado/Cataluña	38	
P.Vasco/Estado	47	68
Estado/P.Vasco	21	
Galicia/Estado	25	38
Estado/Galicia	13	
Total		211

NOTAS

1. Se ha elaborado – al igual que los otros dos Cuadros – partiendo de las estadísticas publicadas por el Gabinete Técnico del Presidente del Tribunal Constitucional, únicamente

actualizadas en Cuadros generales hasta 1994, y luego editadas anualmente, pero no con todos los datos, lo que explica que ofrezca estadísticas del período 1980-98, pero también de 1980-1994, cuando no he podido disponer de otras cifras.